

DER TATBESTAND DER GEFANGENENMEUTEREI
UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DES ENTWURFS
EINES STRAFGESETZBUCHES E 1962

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Jens Schomaker
Referendar in Berlin

1967

DER TATBESTAND DER GEFANGENENMEUTEREI
UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DES ENTWURFS
EINES STRAFGESETZBUCHES E 1962

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Jens Schomaker

Referendar in Berlin

1967

Erstgutachter: Professor Dr. iur. Hermann BLEI
Zweitgutachter: Professor Dr. iur. Ernst HEINITZ

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Juli 1967



INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
EINLEITUNG	1
1. TEIL Geschichtlicher Überblick über die Entwicklung des Tatbestandes der Gefangenenmeuterei bis zum Reichsstrafgesetzbuch von 1871	2
I. Das römische Recht	2
II. Das germanisch-mittelalterliche Recht	3
III. Die peinliche Gerichtsordnung und die Entwicklung bis zum Ende des 18. Jahr- hunderts	3
IV. Die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts bis zum Reichsstrafgesetzbuch von 1871	4
2. TEIL Das geltende Recht	6
1. Kapitel	
Das Schutzobjekt und die Grundbegriffe des Tatbestandes der Gefangenenmeuterei	6
I. Das Schutzobjekt	6
II. Der Begriff des Gefangenen	10
III. Die Zusammenrottung	12
IV. Die Begehung mit vereinten Kräften	19
2. Kapitel	
§ 122 Abs. 1 und 2	24
I. Der geschützte Personenkreis des § 122 Abs. 1	24
II. Die einzelnen Tatbestandshandlungen des § 122 Abs. 1	26
1. Der Angriff	26
2. Der Widerstand	27
3. Die Nötigung	30
4. Die Abgrenzung der Begehungsformen des § 122 Abs. 1	33
5. Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung	35

III.	Die Abgrenzung zwischen § 122 Abs. 1 und 2	38
IV.	Der gewaltsame Ausbruch im Sinne des § 122 Abs. 2	41
V.	§ 122 Abs. 1 und 2 als Unternehmensdelikt	44
VI.	Der Rücktritt vom Unternehmen	47
VII.	Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme im Rahmen des § 122 Abs. 1 und 2	51

3. Kapitel

	§ 122 Abs. 3	53
I.	§ 122 Abs. 3	53
	1. Der Grund der Strafschärfung	55
	2. Der Begriff der Gewalttätigkeit	56
	3. Die Begehung mit vereinten Kräften	63
II.	Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft bei § 122 Abs. 3	66
	1. Der Ausschluß nicht eigenhändiger Mittäterschaft und die Strafbarkeit mittelbarer Täterschaft	66
	2. Die Strafbarkeit nicht-eigenhändiger Mittäterschaft	68
	3. § 122 Abs. 3 als eigenhändiges Delikt	69
	a. Kriterien der Eigenhändigkeit in Rechtsprechung und Schrifttum	71
	b. Auseinandersetzung mit den dargestellten Kriterien	72
	c. Die Ansicht Roxins	74
	d. Auseinandersetzung mit der Ansicht Roxins	75
III.	Die Strafbarkeit der Teilnahme zu § 122 Abs. 3	78
	1. Die unbeschränkte Anwendung der §§ 48 und 49	79
	2. Ausschluß der §§ 48 und 49 für die Täter des § 122 Abs. 1	81
	3. Ausschluß der §§ 48 und 49 bei den Gefangenen	83
	4. Ausschluß der §§ 48 und 49	87

5. Die Ansicht des Bundesgerichtshofs	88
6. Versuch einer Abgrenzung zwischen strafbarer und strafloser Teilnahme	90
IV. Versuch des § 122 Abs. 3	92
V. Die Anwendung des § 49 a	97
3. TEIL Der Tatbestand der Gefangenemeuterei im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1962	104
I. Der Tatbestand der einfachen Meuterei	106
1. Übereinstimmung mit dem geltenden Recht	106
2. Klarstellung gegenüber dem geltenden Recht	107
3. Änderungen gegenüber dem geltenden Recht	108
4. Erweiterungen gegenüber dem gelten- den Recht	109
II. Die schwere Meuterei	112
1. § 424 Nr. 1	114
2. § 424 Nr. 2	115
3. § 424 Nr. 3	116
4. § 424 Nr. 4	117

LITERATURVERZEICHNIS

- BAUMANN: Strafrecht, Allgemeiner Teil,
3. Aufl., 1964
- BAUMGARTEN, J.: Die Lehre vom Versuche der
Verbrechen, 1888
- BELING: Die Lehre vom Verbrechen, 1906
- BELING: Der gegenwärtige Stand der strafrecht-
lichen Verursachungslehre,
GS Bd. 101, S. 1
- BEMMANN: Zur Frage der objektiven Bedingungen
der Strafbarkeit, Göttingen 1957
- BINDING: Lehrbuch des Gemeinen Deutschen
Strafrechts, Besonderer Teil,
2. Bd., 2. Abteilung, 1905
- BINDING: Grundriß des Deutschen Strafrechts,
Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1913
- BINDING: Handbuch des Strafrechts, 1885
- BINDING: Die drei Grundformen des verbrecheri-
schen Subjekts, Strafrechtliche und
strafprozessuale Abhandlungen,
Bd. 1, 1915
- BIRKMEYER: Die Lehre von der Teilnahme und die
Rechtsprechung des Deutschen Reichs-
gerichts, Kritische Studien, 1890
- BLEI: Zum strafrechtlichen Gewaltbegriff,
NJW 1954, S. 583
- BLEI: Anm. zu BGHSt in NJW 1958, S. 30
- BÜTTNER: Die Meuterei im geltenden Strafrecht
und in der Seemannsordnung (unter
Berücksichtigung der neueren und
neuesten Entwürfe), Diss. Erlangen 1930
- v. BURI: Teilnahme am Verbrechen,
GS Bd. 22, S. 221

- CHRISTMANN: Die Gefangenenmeuterei,
Diss. Erlangen 1920
- DALCKE-FUHRMANN-
SCHÄFER: Strafrecht und Strafverfahren,
37. Aufl., 1961
- DREHER: Grundsätze und Probleme des § 49a,
GA 1954, S. 13
- EISERMANN: Der Aufruhr, Diss. Erlangen 1907
- ENGELSING: Eigenhändige Delikte, Eine Unter-
suchung über die Grenzen mittel-
barer Täterschaft, Diss. Breslau
1926
- ENGISCH: Einführung in das juristische Denken
3. Aufl. 1964
- FEDERER: Die Gefangenenbefreiung nach geltendem
Recht und den neuesten Strafgesetzent-
würfen,
Diss. Tübingen 1932
- FEUERBACH: Lehrbuch des gemeinen in Deutsch-
land gültigen peinlichen Rechts,
1840
- FLOEGEL-HARTUNG: Straßenverkehrsrecht, 12. Aufl.,
1959
- FRANK: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche
Reich, 18. Aufl., 1931
- FREUDENTHAL: Die nothwendige Theilnahme am
Verbrechen, 1901
- FRÜHAUF: Eigenhändige Delikte,
Diss. Frankfurt a. Main 1959
- GALLAS: Die moderne Entwicklung des Begriffs
Täterschaft und Teilnahme im Straf-
recht, Deutsche Beiträge zum 7. inter-
nationalen Strafrechtskongreß in Athen,
1957, S. 1

VIII

- | | |
|-------------|---|
| GERLAND: | Deutsches Reichsstrafrecht,
2. Aufl., 1932 |
| GRÜNHUT: | Methodische Grundlagen der heuti-
gen Strafrechtswissenschaft,
Festgabe für Reinhard von Frank,
Bd. 1, S. 1, 1930 |
| HÄLSCHNER: | Das gemeine deutsche Strafrecht,
2. Bd. 2. Abteilung, 1887 |
| HEGLER: | Zum Wesen der mittelbaren Täter-
schaft, Die Reichsgerichtspraxis
Bd. 5, S. 305, 1919 |
| HEILBORN: | Der Landfriedensbruch nach dem
Reichsstrafgesetzbuch, ZStW 18,
S. 161 |
| HEIMBERGER: | Bericht über die Behandlung der
Teilnahme am Verbrechen, Mittei-
lungen der Internationalen Kriminali-
stischen Vereinigung,
Bd. 11, S. 534 |
| HEINITZ: | Gedanken über Täter- und Teilnahmer-
schuld, Festschrift zum 41. Deutschen
Juristentag, 1955 |
| v. HIPPEL: | Lehrbuch des Strafrechts, 1932 |
| HÖPFNER: | Zur Lehre von der mittelbaren
Täterschaft, ZStW Bd. 22, S. 205 |
| HOFMANN: | Die Gefangenenbefreiung in ihren
historischen Grundlagen sowie in
rechtsvergleichender und dogmati-
scher Darstellung, Diss. Tübingen
1903 |
| HONIG: | Die Einwilligung des Verletzten,
1919 |
| JOHN: | Aufbruch, Handbuch des deutschen
Strafrechts, Bd. 3, S. 129, 1874 |

- JOHN: Befreiung von Gefangenen und Meuterei, Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 3, S. 142, 1874
- KAUFMANN, ARTHUR: Das Schuldprinzip, Heidelberg 1961
- KITZINGER: Anm. zu OLG Frankfurt in JW 1925, S. 2085
- KNODEL: Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, 1962
- KOHLRAUSCH-LANGE: Strafgesetzbuch, 43. Aufl. 1961
- KRUMME: Anm. zu BGH in LM Nr. 2 zu § 361a
- LACHENMAYER: Die Gefangenenbefreiung unter besonderer Berücksichtigung der Selbstbefreiung, Diss. München 1951
- LANGE, R: Die notwendige Teilnahme, 1940
- LANGE, R: Die Systematik der Strafdrohungen, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Band I 1957, S. 69
- LARENZ: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960
- LEIPZIGER KOMMENTAR: Strafgesetzbuch, herausgegeben von Jagusch, Mezger, Schaefer und Werner, 1. Bd. (§§ 1 - 152), 8. Aufl. 1957, und 2. Bd. (§§ 153 - 370), 8. Aufl. 1958
- LESS: Der Unrechtscharakter der Anstiftung, ZStW 1957 (Bd. 69), S. 43
- v. LISZT-SCHMIDT: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927
- MAURACH: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1965, Besonderer Teil, 4. Aufl., 1964

- MAURACH: Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlung und der eigenständigen Verbrechen *de lege ferenda*, Materialien zur Strafrechtsreform Bd. 1, Gutachten der Strafrechtslehrer, S. 249
- MAURACH: Die Problematik der Verbrechensverabredung, JZ 1961, S. 137
- MAURACH: Anm. zu OLG Celle in NJW 1961, S. 1050
- MAURACH: Anm. zu OLG Hamm in JZ 1953, S. 342
- MAYER, H: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953
- MAYER, H: Teilnahme und Gefangeneneinbruch, JZ 1956, S. 434
- MAYER, H: Täterschaft, Teilnahme, Urheber-schaft, Festschrift für Theodor Rittler 1957, S. 243
- MAYER, M.E.: Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Lehrbuch Bd. II, 1915
- MAYER, M.E.: Die Befreiung von Gefangenen, 1906
- MAYER, M.E.: Der Widerstand gegen Amtshandlungen, Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1, S. 470
- MERKEL: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889
- MEYER-ALLFELD: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl. 1922
- MEZGER: Die Teilnahmelehre des Strafgesetzentwurfs von 1919
Deutsche Strafrechtszeitung 1921, S. 206
- MEZGER-BLEI: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 1965; Besonderer Teil, 8. Aufl. 1964

XI

MILLETAT:	Die "besonders schweren Fälle" im Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, Diss. Berlin 1965
MOMMSEN:	Römisches Strafrecht, 1899
MÜLLER, K:	Gewalt und verwandte Begriffe im RStGB, Diss. Rostock 1913
NIESE:	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, JZ 1953, S. 173
NIETHAMMER:	Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts, 1950
OLSHAUSEN:	Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Bd., 11. Aufl.; Neubearb. von Lorenz, Freisesleben, Niethammer u. a. 1. Bd., 1927
OPPENHOFF:	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 12. Aufl. 1891
OPPENHOFF:	Das Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten, 4. Aufl. 1864
PAWLIK:	Anm. zu BGHSt in NJW 1966, S. 989
PETERS:	In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bin- dung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)? Gutachten für den 41. Deutschen Juristen- tag 1955, Bd. I 2, S. 1
PFUNDTNER-NEUBERT:	Das neue deutsche Reichsrecht, 1933 - 44
PIOTET:	Systematik der Verbrechenstelemente und Teilnahmelehre, ZStW 1957, S. 14

- REIN: Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian, 1844/ unveränderter Neudruck 1962
- ROEDER: Exklusiver Täterbegriff und Teilnahme am Sonderdelikt, ZStW 1957, S. 223
- ROXIN: Täterschaft und Tatherrschaft, 1963
- RUDORFF: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1881
- SCHMIDHÄUSER: Objektive Strafbarkeitsbedingungen, ZStW 1959, Bd. 71, S. 544
- SCHMIDT, EB.: Die mittelbare Täterschaft, Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. 2, S. 106, 1930
- SCHMITT, R.: Rücktritt von der Verabredung zu einem Verbrechen BGHSt 12, 306, JuS 1961, S. 25
- SCHÖNKE-SCHRÖDER: Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 1965
- SCHROEDER, FR. CHR.: Die Teilnahme bei § 122 Abs. 3 NJW 1964, S. 1113
- SCHRÖDER, H.: In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrechtlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)? Gutachten für den 41. Juristentag 1955, Bd. I 2, S. 57
- SCHRÖDER, H.: Anm. zu BGHSt in JR 1958, S. 427
- SCHÜTZE: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1874
- SCHULENBURG: Der Landfriedensbruch Diss. Hamburg 1932

XIII

SCHWARTZ:	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1914
SCHWARZ-DREHER:	Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 1965
SCHWINGE:	Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930
SEELBACH:	Gleichgeschlechtliches Verhalten als Straftatbestand, 1966
STRATENWERTH:	Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959, ZStW 1959, Bd. 71, S. 565
STREE:	Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, JuS 1965, S. 465
WACHENFELD:	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1914
WÄCHTER:	Lehrbuch des Römisch-Deutschen Strafrechts, 2. Teil, 1826
WANJECK:	Über den Begriff der Gewalt im Reichsstrafgesetzbuch, GA Bd. 27, S. 194
v. WEBER, H.:	Grundriß des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1948
v. WEBER, H.:	Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Besonderen Teil eines neuen Strafgesetzbuchs auswirken? Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, S. 279
WEGENER:	Anm. zu RGSt in JW 1934, 3281
WELZEL:	Das deutsche Strafrecht, 9. Aufl., 1965
WELZEL:	Studien zum System des Strafrechts, ZStW Bd. 58, S. 491
WILDA:	Das Strafrecht der Germanen, 1842, unveränderter Neudruck 1960

XIV

WINKLER: Der Begriff der Gewalt im
Strafrecht, 1908

WOLF: Betrachtungen über die mittelbare
Täterschaft, 1927

Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund mit Motiven, 1870

Entwurf eines Strafgesetzbuchs mit Begründung, 1927

Entwurf eines Strafgesetzbuchs mit Begründung, 1962

Niederschriften über die Sitzung der Großen Strafrechtskommission, Bd. III, IV,
XII

EINLEITUNG

Der Tatbestand der Gefangenenmeuterei gehört zu denjenigen Vorschriften des Strafgesetzbuches, denen kaum Beachtung zugewandt wird. So hat sich seit Inkrafttreten des RStGB, also in nahezu hundert Jahren, nur eine einzige Abhandlung ausschließlich mit diesem Delikt beschäftigt. Zumeist wird § 122 lediglich im Zusammenhang mit der Gefangenenbefreiung behandelt. Ein Umstand, der kennzeichnend dafür ist, daß bei der Frage nach der Rechtsnatur der Gefangenenmeuterei teilweise die Ausbruchsabsicht in den Vordergrund gestellt und das Unrecht der Tat in der vollendeten oder versuchten Selbstbefreiung gesehen wird.¹⁾ Diese Auffassung ist im Hinblick auf die geschichtliche Entwicklung des § 122 verständlich, verdient im geltenden Recht jedoch keine Zustimmung.

Mag das geringe Interesse für den Tatbestand des § 122 im Schrifttum mit dem jahrelangen Fehlen eines aktuellen Anlasses, an dem sich eine Diskussion entzünden konnte, zu erklären sein, so boten die neue Wege beschreitenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofes²⁾ über die Voraussetzungen der Täterschaft und Teilnahme zu § 122 Abs. 3 hinreichenden Anlaß für eine Erörterung der vom Bundesgerichtshof behandelten Fragen. Dennoch kam die Diskussion über Ansätze nicht hinaus. Nur zwei Aufsätze³⁾ setzten sich mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auseinander. Das erscheint unverständlich, wenn man berücksichtigt, daß das Problem der Täterschaft und Teilnahme zu § 122 Abs. 3 zu den am wenigsten geklärten Fragen der Gefangenenmeuterei gehört.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit wird daher insbesondere die Erörterung der mit § 122 Abs. 3 zusammenhängenden Fragen sein. Daneben soll aber auf eine Darstellung des § 122 Abs. 1 und 2 nicht verzichtet werden, weil auch hier noch über manche Punkte Unklarheit herrscht und außerdem Merkmale verwendet werden, auf denen § 122 Abs. 3 aufbaut. Schließlich erscheint ein Ausblick auf den Entwurf eines Strafgesetzbuches 1962 angebracht, in dem der Tatbestand der Gefangenenmeuterei zum Teil erhebliche Änderungen erfahren hat.

1) Dazu unten S. 6 ff.

2) BGHSt 8, 294; 9, 119; 12, 129

3) H. MAYER, JZ 1956, 434; FR. CHR. SCHROEDER, NJW 1964, 1113

1. TEIL

GESCHICHTLICHER ÜBERBLICK ÜBER DIE ENTWICKLUNG DES TATBESTANDES DER GEFANGENENMEUTEREI BIS ZUM REICHSSTRAFGESETZBUCH VON 1871

Die geschichtliche Entwicklung des Tatbestandes Gefangenemeuterei steht in engem Zusammenhang mit der Strafbarkeit der Selbstbefreiung. Die Vorschriften über die unerlaubte gewaltsame Selbstbefreiung der Gefangenen bilden die Grundlage und den Ausgangspunkt für die Strafbestimmung der Gefangenemeuterei. Eine Vorschrift, die ähnlich § 122 Abs. 1 ein Vorgehen der Häftlinge gegen die Gefängnisaufseher auch ohne Ausbruchswillen unter Strafe stellte, war lange Zeit unbekannt.

I. DAS RÖMISCHE RECHT

Im römischen Recht der späteren Epoche findet sich erstmalig ein Hinweis auf die Bestrafung der gewaltsamen Selbstbefreiung ¹⁾. Strafe wurde außerdem für den Fall angedroht, daß mehrere Gefangene nach vorheriger Verabredung einen gemeinsamen Fluchtversuch begehen ²⁾. Unter den genannten Voraussetzungen wurde ein Ausbruch selbst dann geahndet, wenn es sich um Sicherheitshäftlinge ³⁾ handelte, deren Unschuld sich nachträglich herausstellte ⁴⁾. Als Strafe sah L 1 D 47, 18 "supplucium" und "capitis poena" vor. Ob hierunter allein die Todesstrafe verstanden wurde, war im Gemeinen Recht streitig ⁵⁾, da auch der Entzug des Bürgerrechts oder der Freiheit eine Kapitalstrafe darstellte ⁶⁾. Ungeklärt blieb außerdem, ob dieser Strafraumen nur bei Sicherheitshäftlingen oder auch bei Strafgefangenen angewandt wurde; ob nämlich L 28 § 14 D 48, 19 de poenis, der für Strafgefangene nur eine Strafschärfung oder Umwandlung in eine härtere Strafe bestimmte, allein die Fälle der "einfachen" Selbstbefreiung betraf und ob unter den in L 1 D 47, 18 beschriebenen Umständen auch bei ihnen die dort angedrohte Kapitalstrafe oder ob stets L 28 § 14 D 48, 19 eingriff. Für eine solche Bevorzugung ist eine Berechtigung nicht ersichtlich ⁷⁾.

1) L 1 D 47, 18 de effractoribus et expilatoribus

2) L 1 D 47, 18 de effractoribus et expilatoribus

3) Als Sicherheitshäftlinge galten Personen, die ähnlich den heutigen Untersuchungsgefangenen noch nicht verurteilt waren.

4) L 13 D 48, 3 de custodia reorum

5) Vgl. WÄCHTER, 2. Bd., S. 502

6) MOMMSEN S. 907

7) FEUERBACH § 197, S. 288; REIN S. 763 und WÄCHTER 2. Bd. S. 503 hielten

II. DAS GERMANISCH-MITTELALTERLICHE RECHT

Im germanisch-mittelalterlichen Recht fehlen Bestimmungen, die sich mit der Selbstbefreiung befassen, sei sie gewaltsam erfolgt oder nicht. Die Ursache hierfür ist höchstwahrscheinlich in der geringen praktischen Bedeutung zu sehen, die dem Freiheitsentzug zukam ¹⁾.

III. DIE PEINLICHE GERICHTSORDNUNG UND DIE ENTWICKLUNG BIS ZUM ENDE DES 18. JAHRHUNDERTS

Auch die Peinliche Gerichtsordnung (*Constitutio Criminalis Caröolina*) von 1532 enthält keine Vorschriften über die Selbstbefreiung der Gefangenen. In Art. 180 wurde lediglich die Befreiung durch den Gefängnisbeamten "so eyn hütter der peinlichen gefängnuß einem gefangenen aushilfft" unter Strafe gestellt. Im übrigen blieb man auf die römisch-rechtlichen Bestimmungen angewiesen, deren Strafdrohungen allerdings als zu hart empfunden wurden. Man schlug stattdessen eine "poena arbitraria" vor, d.h. eine Strafe nach dem freien Ermessen des Richters ²⁾. Dieser Anregung folgte überwiegend die Strafrechtspraxis ³⁾, machte aber von der im römischen Recht bestehenden Möglichkeit der Hinrichtung dann Gebrauch, wenn ein "todwürdiges Verbrechen" den Haftgrund bildete ⁴⁾.

Im Zeitalter der Aufklärung waren schließlich sogar Bestrebungen im Gange, jede Form der Selbstbefreiung straflos zu lassen. So vertrat BÖHMER ⁵⁾ die Ansicht, eine Bestrafung erscheine nicht gerechtfertigt, weil der Gefangene aus einem allen Menschen angeborenen Instinkt handele. Da aber der Zweck erlaubt sei, so dürfe man auch die dazu notwendigen Mittel nicht versagen. Jede Form

Fortsetzung der Fußnote 7 von Seite 2:

in jedem Fall bei Strafgefangenen den Strafrahmen der L 28 § 14 D 48, 19 für anwendbar. WÄCHTER a. a. O. selbst mußte aber zugeben, daß der Versuch BOECKERS (zitiert bei Wächter), die unterschiedliche Behandlung von Sicherheitshäftlingen und Strafgefangenen zu rechtfertigen, nicht überzeugt.

1) WILDA S. 519

2) HOFMANN S. 15

3) HOFMANN S. 15 Anm. 2

4) HOFMANN S. 16

5) Zitiert bei WÄCHTER 2. Bd. S. 498

der Selbstbefreiung müsse deshalb von Strafe verschont bleiben. Diese Tendenz fand ihren Ausdruck in dem Codex Juris Bavarici Criminalis von 1751 und dem Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794. Beide Gesetzbücher sehen zwar für die Befreiung eines Gefangenen durch Dritte zum Teil strenge Strafen vor ¹⁾. Eine Strafdrohung für die Selbstbefreiung fehlt jedoch.

IV. DIE GESETZGEBUNG DES 19. JAHRHUNDERTS BIS ZUM REICHSSTRAFGESETZBUCH VON 1871

Die Partikulargesetzbücher des 19. Jahrhunderts stellen den gewaltsamen Ausbruch wieder unter Strafe ²⁾. Wenn auch noch zunächst eine dem § 122 vergleichbare Regelung fehlt, so kommt doch in einigen Gesetzbüchern bereits klar zum Ausdruck, daß das entscheidende Unrecht der Tat nicht in der Tatsache der Befreiung, sondern in den Umständen gesehen wird, unter denen die Gefangenen die Freiheit zu erreichen suchen. Einen Beweis dafür bietet Art. 330 des Bayerischen StGB von 1813, der für den gewaltsamen Ausbruch nicht eine bestimmte Strafe festsetzt, sondern einen Gefangenen, welcher durch Gewalt gegen Personen oder durch andere Verbrechen seine Befreiung bewirkt oder zu bewirken gesucht hat, mit derjenigen Strafe belegt, welche das Gesetz für solche Verbrechen androht. Ähnliche Vorschriften enthalten Art. 335 des Strafgesetzbuches für die herzoglich-oldenburgischen Lande von 1814 und Art. 172 des Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover von 1851.

Das erste Partikulargesetzbuch, in dem sich ein Tatbestand findet, der die Bezeichnung "Gefangenenmeuterei" verdient, ist das Württembergische Strafgesetzbuch von 1839. Sein Art. 182 lautet:

"Wenn sich zwei oder mehrere Gefangene der Strafanstalt zum gewaltsamen Ausbruch oder zu einer Gewalthandlung gegen die Aufseher oder Beamten der Anstalt zusammengedröhrt haben, so sind die Teilnehmer gleich Auführer zu bestrafen."

Dieser Neuerung schlossen sich die Strafgesetzbücher für die Thüringischen Staaten von 1849 und für das Herzogtum Sachsen-Altenburg von 1841 an. Auch in das Preußische StGB von 1851 wurde ein besonderer Tatbestand der Gefange-

-
- 1) Nach § 161 Titel 20 Teil II ALR sollte beispielsweise Zuchthausstrafe von 1 bis 6 Jahren oder Festungshaft von gleicher Dauer eintreten, wenn der Dritte bei der Befreiung des Gefangenen Gewalt angewandt hatte.
 - 2) Eine Ausnahme bildet das Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1838.

nenmeuterei aufgenommen. Sein § 96 1) bildet die Grundlage für § 122 des Reichsstrafgesetzbuches.

1) § 96 bestimmt: "Gefangene, die in einer Gefangenenanstalt sich zusammenrotten und entweder einen gewaltsamen Ausbruch ausführen oder auszuführen versuchen, oder gegen die Aufseher sich widersetzen, oder dieselben zu Handlungen oder Unterlassungen zwingen oder zu zwingen versuchen, werden mit Gefängnis nicht unter 6 Monaten bestraft, auch kann gegen sie auf Stellung unter Polizeiaufsicht erkannt werden.

Diejenigen Theilnehmer, die Gewaltthätigkeiten gegen Personen oder Sachen verüben, werden mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren und Stellung unter Polizeiaufsicht bestraft."

2. TEIL

DAS GELTENDE RECHT

1. KAPITEL

DAS SCHUTZOBJEKT UND DIE GRUNDBEGRIFFE DES
TATBESTANDES DER GEFANGENENMEUTEREI

I. DAS SCHUTZOBJEKT

Die Vorschrift der Gefangenenmeuterei gehört neben den §§ 115, 124 und 125 zu den sogenannten Rottendelikten. Charakteristisch für diese Bestimmungen ist, daß ein Einzelner den Tatbestand nicht erfüllen kann, sondern hierfür eine Vereinigung mehrerer Personen erforderlich ist. Allein die Tatsache des Zusammenwirkens, nicht dagegen die im Gesetz beschriebenen Ausschreitungen waren Anlaß für die Schaffung der genannten Vorschriften; denn die von der Rotte verübten Taten sind überwiegend selbständig mit Strafe bedroht.

Daraus folgt für die Beantwortung der Frage nach dem geschützten Rechtsgut, daß nicht allein auf die von den Beteiligten begangenen Handlungen abgestellt werden darf, sondern daß der Gesichtspunkt der Zusammenrottung hierbei mit zu berücksichtigen ist.

Während man in den Fällen der §§ 115, 124 und 125 das Schutzobjekt von diesem Ausgangspunkt her bestimmt und so zu sachgerechten Ergebnissen gelangt, bestehen bei § 122 noch einige Unklarheiten.

Vielfach wird von einer eindeutigen Aussage über die ratio legis ¹⁾ überhaupt abgesehen, und die Gefangenenmeuterei als Ausnahme von dem Grundsatz der Straflosigkeit der Selbstbefreiung charakterisiert ²⁾. Hiergegen ist, soll damit nur eine Feststellung getroffen werden, nichts einzuwenden. Nicht zugestimmt werden kann jedoch FEDERER ³⁾, wenn er von diesem Ausgangspunkt her das geschützte Rechtsgut dahin bestimmt, daß § 122 wie die §§ 120 und 121 ⁴⁾ die Be-

1) Die vor allem von BIRNBAUM, Arch.d.Crim.R. 1834 S.139, erschlossene Erkenntnis, daß Sinn und Zweck der einzelnen Strafrechtsnormen der Schutz bestimmter Rechtsgüter ist, stellt heute die allgemeine Meinung dar, vergl. z.B. SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 38 zu § 2; MAURACH A.T. S.178; MEZGER-BLEI AT S. 107

2) BGHSt 4, 396; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 1 zu § 122; HALSCHNER BT II 2 § 275; WELZEL Lb. S.456; FEDERER S. 57, 58

3) WELZEL Lb. S. 456

4) Vgl. dazu BGHSt 9, 62; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 1 zu § 120; WERNER LK

freierung aus der Gefangenschaft bestraft, es also Sinn und Zweck des Tatbestandes der Gefangeneneuterei sei, die Aufrechterhaltung des obrigkeitlichen Gewahrsams an der Person des Gefangenen zu sichern.

Für § 122 Abs. 1 ist eine solche Auffassung schon deshalb nicht zutreffend, weil dieser Tatbestand auch Vorhaben erfaßt, die nicht auf eine Beseitigung des staatlichen Haftrechts und damit nicht auf eine Beeinträchtigung des von Federer angenommenen Schutzobjektes gerichtet sind. Für die Deliktvollendung ist aber die Verletzung des geschützten Rechtsgutes wesentlich.

Die richtige Lösung im Fall des § 122 Abs. 1 läßt sich unschwer anhand eines Vergleichs mit § 115 Abs. 1 gewinnen. Beiden Vorschriften sind aus einer Zusammenrottung mit vereinten Kräften begangenen Feindseligkeiten gegen Personen, die mit der Durchführung hoheitlicher Aufgaben betraut sind, gemeinsam. Beide drohen für dieses Verhalten die gleiche Strafe an. § 115 erfordert zwar im Gegensatz zu § 122 Abs. 1 eine öffentliche Zusammenrottung und stellt die bloße Teilnahme, und zwar jeder Person, unter Strafe. Diesen sachlichen Unterschieden kommt für die Frage nach dem Schutzobjekt jedoch keine Bedeutung zu. Es bestehen daher keine Bedenken, das geschützte Rechtsgut des § 115, die Autorität der Staatsgewalt ¹⁾, auch § 122 Abs. 1 zugrunde zu legen ²⁾, wobei die Staatsgewalt bei § 122 Abs. 1 durch die Anstaltsgewalt verkörpert wird ³⁾.

Schwieriger fällt die Antwort bei § 122 Abs. 2. Da hier die Absicht, auszuweichen, in den Tatbestand aufgenommen worden ist, drängt sich in der Tat die Annahme auf, das Unrecht des § 122 Abs. 2 in der Beeinträchtigung des staatlichen Haftrechts zu sehen ⁴⁾.

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 6:
zu § 120

- 1) Für § 115 allg. Meinung, z.B. SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 1 zu § 115; WERNER Anm. I zu § 115
- 2) Ebenso M.E. MAYER, Gefangeneneuterei S. 16; MERKL Lb. S. 394; HOFMANN S. 63; wohl auch RGSt 50, 86 und JOHN H.H. Bd. 3 S. 143
- 3) Diese Behauptung wird unten (S. 25) näher begründet werden.
- 4) FEDERER S. 57, 58; BINDING BT II S. 594, der § 122 Abs. 2 als eine Qualifikation des § 120 ansieht. Wohl auch JOHN HH Bd. 3 S. 147, der aus den Worten "gleiche Strafe tritt ein" folgert, daß der Ausbruch ein zwar ebenso wie Meuterei des § 122 Abs. 1 zu bestrafendes, im übrigen aber davon verschiedenes Delikt sei, ohne allerdings nähere Ausführungen zur Rechtsnatur des § 122 Abs. 2 zu machen.

Gegen diese Auffassung läßt sich nicht einwenden, der unterschiedliche Strafraum der §§ 120 und 121 einerseits und des § 122 Abs. 2 andererseits verbiete die Annahme, die genannten Vorschriften schützten das gleiche Rechtsgut. Die besondere Gefährlichkeit eines Ausbruchsunternehmens, das von einer Rote mit vereinten Kräften durchgeführt wird, könnte durchaus die gegenüber den §§ 120 und 121 strengere Strafdrohung des § 122 Abs. 2 rechtfertigen.

Auch die Tatsache, daß § 122 Abs. 2 bereits den Ausbruchsversuch als vollendete Tat bestraft, die §§ 120 und 121 dagegen zwischen vollendeter und versuchter Befreiung trennen, spricht nicht unbedingt gegen eine Übereinstimmung des Schutzobjektes dieser Vorschriften. Zwar wird durch den Ausbruchsversuch der obrigkeitliche Gewahrsam an der Person des Gefangenen noch nicht aufgehoben. Dieser Umstand steht jedoch der Annahme nicht entgegen, die ratio legis des § 122 Abs. 2 in der Aufrechterhaltung des staatlichen Haftrechts zu sehen. Das StGB kennt eine Reihe von Tatbeständen, bei denen der Versuch noch nicht zu einer Verletzung des geschützten Rechtsgutes führt, die aber dennoch als Unternehmensdelikte ausgestaltet sind, z.B. die §§ 80, 89 und 105. Anlaß zu einer derartigen Maßnahme des Gesetzgebers ist u.a. der kriminal-politische Gesichtspunkt, durch die Bestrafung der versuchten als vollendete Tat einen umfassenden Schutz des Rechtsguts zu gewährleisten. Der Vorschrift des § 122 Abs. 2 könnte die Erwägung des Gesetzgebers zugrundeliegen, den Fortbestand des staatlichen Haftrechts vor Angriffen, bei denen wegen der Beteiligung mehrerer Personen die Gefahr der Aufhebung des obrigkeitlichen Gewahrsams in besonderem Maße gegeben ist, in größtmöglichem Umfang zu schützen.

Gegen eine solche Annahme bestehen jedoch Bedenken.

Die einfache Selbstbefreiung ist vom Gesetz straflos gelassen worden. Die Rechtsordnung nimmt damit auf das natürliche Bestreben der Gefangenen Rücksicht, die Freiheit wiederzugewinnen. MAURACH¹⁾ rechnet diese Rücksichtnahme sogar zu den Grundsätzen des liberal-rechtsstaatlichen Strafrechts. Ausbruchsunternehmen der Gefangenen sind lediglich unter den Voraussetzungen des § 122 Abs. 2 mit Strafe bedroht. Der Grund für die Strafdrohung ist aber auch hier nicht darin zu sehen, daß in diesen Fällen der Selbstbefreiungstreib strafwürdiges Unrecht darstellt. Selbst wenn die Befreiung im Wege der Meuterei erfolgen soll, ist der Unwertgehalt der Absicht, sich dem staatlichen Haftrecht zu entziehen, nicht größer als im Fall der einfachen Selbstbefreiung. Wird aber die einfache Selbstbefreiung von der Rechtsordnung nicht mißbilligt, so kann auch im Rahmen des § 122 Abs. 2 das Unrecht der Tat nicht in dem Ausbruch als solchem gesehen

1) BT 1. Aufl. S. 487

werden. Daß § 122 Abs. 2 Fluchtversuche der Gefangenen unter Strafe stellt, ist vielmehr nur mit den Umständen zu erklären, unter denen das Unternehmen durchgeführt wird. Hiervon geht auch der Bundesgerichtshof 1) aus. Ohne eine Begründung dafür zu geben, kommt er dann zu dem Ergebnis, § 122 Abs. 2 wolle Beschädigungen der sachlichen Abschlußvorrichtungen verhindern 2).

Diese Auffassung verdient keine Zustimmung. Beizupflichten ist dem Bundesgerichtshof allerdings darin, daß die von § 122 Abs. 2 erfaßten Taten eine Einwirkung auf die Verwahrungsvorrichtungen zum Ziel haben müssen 3). Darauf allein kann jedoch die Strafbarkeit dieser Vorschrift nicht beruhen; denn bestrafte § 122 Abs. 2 die Gewalt gegen die Verwahrungsmittel lediglich deshalb, weil dadurch ihre Unversehrtheit beeinträchtigt wird, so handelte es sich bei § 122 Abs. 2 letztlich nur um einen Sachbeschädigungsdelikt. Dagegen spricht aber sowohl seine äußerst hohe Strafdrohung als auch seine Stellung im Absch. nitt "Widerstand gegen die Staatsgewalt".

In der Sprengung der sachlichen Abschlußeinrichtungen ist ebenso wie in dem Vorgehen gegen das Haftpersonal eine Auflehnung gegen die Anstaltsgewalt und damit eine Beeinträchtigung der Anstaltsordnung zu sehen. Die Zusammenfassung beider Tatbestände in einer Vorschrift und ihr einheitlicher Strafraum stellen allerdings kein zwingendes Argument für die Übereinstimmung des Schutzobjektes dar. Entscheidend ist die Überlegung, daß nicht nur die Aufsichtsbeamten staatliche Hoheitsgewalt verkörpern. Auch die Verwahrungseinrichtungen dienen der Aufrechterhaltung des obrigkeitlichen Gewahrsams an der Person des Gefangenen. Sie stellen ebenfalls eine Erscheinungsform staatlicher Gewalt dar. Die von den Meutern mit vereinten Kräften verübte Einwirkung auf die Abschlußeinrichtungen zum Zweck des Ausbruchs bedeutet deshalb ebenso eine Gefahr für die Anstaltsordnung wie ein Angriff gegenüber den Aufsichtspersonen 4).

1) BGHSt 15, 200

2) Der Hinweis des Bundesgerichtshofes auf Schönke-Schröder beruht offensichtlich auf einem Mißverständnis. Das angegebene Zitat lautet: "§ 122 Abs. 2 richtet sich nur gegen die sachlichen Abschlußeinrichtungen. Angriffe gegen Personen fallen nicht darunter." Diese Ausführungen Schönke-Schröders sollen, wie die folgenden Zitate eindeutig beweisen, lediglich den Anwendungsbereich des § 122 Abs. 2 klarstellen, nicht aber soll durch sie eine Ansicht über das Schutzobjekt dieser Vorschrift zum Ausdruck gebracht werden.

3) Über die Abgrenzung des § 122 Abs. 1 und 2 siehe unten S. 38

4) Ebenso RGSt 50, 86; RGSt LZ 1922, 79; OLG Hamm JZ 1953, 342; M.E. MAYER, Gefangenenebefreiung S. 16; LACHENMAYER S. 113

§ 122 Abs. 1 und 2 schützen somit nicht verschiedene Rechtsgüter, sondern sie enthalten lediglich unterschiedliche Regelungsmöglichkeiten der Verletzung eines Schutzobjektes.

II. DER BEGRIFF DES GEFANGENEN

Täter der Gefangenenmeuterei können nur Gefangene und die den Gefangenen nach § 122 a gleichgestellten in einem Arbeitshaus oder Sicherungsverwahrung untergebrachten Personen sein. § 122 gehört also zu den sogenannten Sonderstraf-taten, bei denen die Möglichkeit der Täterschaft von dem Vorliegen bestimmter rechtlicher oder tatsächlicher Eigenschaften abhängt.

Von Gefangenen spricht das StGB außer in § 122 noch in den §§ 120, 121 und 347, ohne den Begriff näher zu umschreiben ¹⁾. Infolgedessen sind die im einzelnen hierfür erforderlichen Voraussetzungen nicht unbestritten. Übereinstimmung herrscht allerdings darüber, daß als Gefangener nur angesehen werden kann, wer tatsächlich seiner Bewegungsfreiheit beraubt ist ²⁾. Nicht genügt eine erst bevorstehende Inhaftierung, etwa weil der ergangene Haftbefehl noch nicht vollstreckt wurde. Weiter wird allgemein das Merkmal der Freiheitsentziehung allein nicht für ausreichend erachtet. Die §§ 120 bis 122 sind in den Abschnitt "Widerstahn gegen die Staatsgewalt" eingeordnet. Die Vornahme der in den genannten Tatbeständen umschriebenen Handlungen bedeutet daher im weiteren Sinne eine Mißachtung der staatlichen Hoheitsgewalt. Folglich muß die Freiheitsentziehung von einem Organ der Staatsgewalt veranlaßt worden sein, und sich der Betroffene in der Gewalt der zuständigen Behörde befinden ³⁾. Die Festnahme durch eine Privatperson gemäß § 127 StPO begründet strafrechtlich keine Gefangenschaft ⁴⁾.

Auch damit ist die Gefangeneneneigenschaft noch nicht genügend umrissen ⁵⁾.

- 1) Kein Zweifel besteht mehr darüber, daß der Gefangenenbegriff in den genannten Vorschriften einheitlich auszulegen ist. Die Ansicht JOHNS (H.H. Bd. 3, 145 u. 150), er sei in den §§ 120, 121 und 347 weiter aufzufassen als im § 122, hat sich nicht durchgesetzt, da eine Berechtigung hierfür nicht vorhanden ist.
- 2) Vergl. z.B. RGSt 12, 162; 37, 366; 73, 347; FRANK Anm. II zu § 120; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 3 zu § 120; WERNER LK Anm. I zu § 120
- 3) Siehe die in Anm. 2) Genannten
- 4) RGSt 67, 299
- 5) a.A. OPPENHOFF Anm. 1 zu § 120; HOFMANN S. 29. Dagegen ausdrücklich M-E. MAYER, Gefangenenbefreiung S. 4 Anm. 2 und stillschweigend Rechtsprechung und Schrifttum, die den Gefangenenbegriff von weiteren Voraussetzungen abhängig machen. Siehe dazu die folgenden Ausführungen

Das staatliche Haftrecht, das Recht des Staates, eine Person in Gewahrsam zu nehmen und zu halten, dessen Schutz die §§ 120 und 121 dienen ¹⁾, erhält seine Berechtigung allein durch die Tatsache, daß in gewissen Fällen das Interesse des Staates an der Gefangeneneinhaltung einer Person gegenüber dem Recht des Einzelnen auf uneingeschränkte Bewegungsfreiheit überwiegt. Die Beantwortung der Frage, wann ein solch vorrangiges Interesse des Staates angenommen werden kann, ist deshalb Voraussetzung für die Bestimmung des Gefangenenebegriffs.

Das vielfach vorgeschlagene Kriterium ²⁾ des "öffentlichen Interesses" stellt, jedenfalls nach der Einführung des § 122 b, kein geeignetes Abgrenzungsmerkmal mehr dar. Auch § 122 b bestraft die Befreiung von Personen, denen zum Schutz der Allgemeinheit die Freiheit entzogen wurde. Dies zeigt deutlich § 42 b ³⁾, der die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt von der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit abhängig macht. Bei § 122 b handelt es sich aber gerade nicht um Gefangene, sondern diese Vorschrift greift nur ein, wenn die §§ 120 und 121 nicht angewendet werden können, weil dem Befreiten die Gefangeneneigenschaft fehlt.

§ 122 b steht auch der Auffassung M.E. MAYERS ⁴⁾ entgegen, für die Begründung der Gefangeneneigenschaft genüge eine Festnahme durch die Justiz oder Polizei; denn der von § 122 b erfaßte Fall der Unterbringung gemäß § 42 b beruht auf einer richterlichen Entscheidung, obwohl sich bei den untergebrachten Personen nicht um Gefangene handelt.

Die vom Reichsgericht in mehreren Entscheidungen vertretene Ansicht, die Freiheitsentziehung müsse entweder ihre Ursache in der Strafgewalt des Staates haben oder auf eine polizeiliche Maßnahme zurückzuführen sein, ist ebenfalls abzulehnen, da sie unbefriedigende Ergebnisse zur Folge hat. Danach sind Fürsorgezöglinge, die von der Polizei zwangsweise zur Erziehungsanstalt gebracht werden, auf dem Transport dorthin Gefangene, während sie in der Anstalt selbst unter § 122 b fallen ⁵⁾. Außerdem müßte dann auch derjenige als Gefangener angesehen werden, der gemäß § 15 PVG zu seinem eigenen Schutz von der Polizei in Gewahrsam genommen worden ist.

1) BGHSt 9, 62; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 1 zu § 120; WERNER LK zu § 120

2) RGSt 12, 162; 37, 366; RG Rspr. 4, 356; OLSHAUSEN Anm. 1 zu § 120;

SCHWARZ-DREHER Anm. 1 zu § 120; GERLAND S. 257; MAURACH BT S. 615

3) Hier handelt es sich anerkanntermaßen um einen Fall des § 122 b, vergl. z.

B. SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 2 zu § 122 b

4) Gefangenenebefreiung S. 4

5) Zu diesem Ergebnis gelangt in der Tat das Reichsgericht, RGSt 73, 347

Von einem Gefangenen im strafrechtlichen Sinne kann nur dann gesprochen werden, wenn die Freiheitsentziehung im Hinblick auf eine bereits angeordnete oder zu erwartende "richterliche" ¹⁾ Strafe erfolgt ist. Der Gesetzgeber hat durch die unterschiedliche Strafdrohung der §§ 120 und 121 einerseits und des § 122 b andererseits - §§ 120 und 121 sehen Gefängnis bis zu 3 Jahren vor, § 122 b dagegen nur Gefängnis bis zu 2 Jahren oder Geldstrafe - klargestellt, daß er die Befreiung von Gefangenen für strafwürdiger hält als die Befreiung behördlich untergebrachter Personen. Die Ursache hierfür liegt in der verschiedenen Bedeutung, die der Freiheitsentziehung in beiden Fällen zukommt. Bei Gefangenen stellt die Freiheitsentziehung die Vergeltung für eine begangene Straftat dar; gerade in der Freiheitsentziehung besteht die Strafe. Freiheitsentziehung und Strafe sind gleichsam identisch. Die Unterbringung und die damit verbundene Freiheitsentziehung sind dagegen nicht als Strafe aufzufassen. Sie dienen der Durchsetzung von Zielen wie Heilung, Sicherung oder Erziehung, die ohne eine Beschränkung der persönlichen Freiheit des Betroffenen nicht verwirklicht werden können. Die Freiheitsentziehung wird in diesen Fällen nur als "Mittel zum Zweck" benötigt.

Eine Stütze findet die hier vertretene Ansicht in der Vorschrift des § 122 a. Hat der Gesetzgeber dort die sicherungsverwahrten Personen und Arbeitshäusler ²⁾ den Gefangenen lediglich gleichgestellt, sie aber nicht zu den Gefangenen im eigentlichen Sinn gerechnet, so deshalb, weil die Freiheitsentziehung in den Fällen des § 122 a nicht auf dem für den Gefangenenbegriff wesentlichen Gesichtspunkt der Strafe beruht, der Aufenthalt in einem Arbeitshaus oder Sicherungsverwahrung in seiner Ausgestaltung jedoch andererseits weitgehende Ähnlichkeit mit einer Strafverbüßung aufweist, so daß eine Übereinstimmende Regelung geboten erscheint ³⁾.

III. DIE ZUSAMMENROTTUNG

Die mit dem Tatbestandsmerkmal "zusammenrotten" zusammenhängenden Fragen können heute im wesentlichen als geklärt angesehen werden.

So ist nach einhelliger Ansicht für eine Zusammenrottung zunächst eine räumliche Verbindung zwischen den Beteiligten und damit die Möglichkeit des

1) Disziplinarmaßnahmen genügen nicht. So können beispielsweise Kinder im Schularrest nicht als Gefangene betrachtet werden, RGSt 39, 7; a.A. HOFMANN S. 31

2) Gemeint sind nur die auf Grund der §§ 42 a Nr. 3 und 42 d in einem Arbeitshaus untergebrachten Personen, RGSt 73, 347

3) So richtig SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 1 zu § 122 a

unmittelbaren Zusammenwirkens aller notwendig ¹⁾. Darauf beruht entscheidend die Gefahr, die von der Rotte ausgeht. Von einer Zusammenrottung kann daher nicht gesprochen werden, wenn die räumliche Beziehung erst hergestellt werden soll, wenn z.B. zwei in verschiedenen Zellen untergebrachte Gefangene die sie trennende Wand zu durchbrechen versuchen, um gemeinsam zu fliehen ²⁾.

Neben der räumlichen Verbindung verlangt dieses Merkmal einen friedensstörenden Willen der Beteiligten ³⁾, das Bewußtsein gemeinschaftlichen, rechtswidrigen Handelns ⁴⁾. Die Rotte bildet deshalb nicht nur äußerlich, sondern durch ihre feindseligen Absichten auch innerlich eine gewisse Einheit. Eine konkrete Vorstellung, welche Taten im einzelnen verübt werden sollen, brauchen die Teilnehmer allerdings nicht zu haben ⁵⁾. Es genügt der allgemeine Entschluß, in irgendeiner Form gegen die Rechtsordnung zu verstoßen ⁶⁾. Ohne Bedeutung ist auch, ob die Beteiligten von Anfang an zusammengetreten sind, um strafbare Handlungen zu begehen oder ob ein solcher Plan innerhalb eines zu erlaubtem Zweck zusammengekommenen Personenkreises erst später gefaßt wurde ⁷⁾.

Überwiegend wird weiter eine äußere Erkennbarkeit des friedensstörenden Willens gefordert ⁸⁾. Das ist insofern richtig, als eine Bestrafung aus einem der

1) Vergl. z.B. RGSt 3, 1; 53, 305; 55, 68; BGHSt NJW 1954, 1694; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 3 zu § 115; WERNER LK Anm. II zu § 115; MEZGER-BLEI BT S. 269

2) RGSt 50, 85

3) Allg. Meinung, siehe die in Anm. 1 Genannten

4) Wenn M.E. MAYER VDB Bd. 1, 470 meint, die Teilnehmer müßten den Willen haben, als geschlossene Macht aufzutreten, so gibt das, wie FRANK (Anm. II 1 zu § 115) richtig bemerkt, zu dem Mißverständnis Anlaß, als sei für den Begriff der Zusammenrottung eine bestimmte Organisation Voraussetzung.

5) RGSt 52, 118; OLSHAUSEN Anm. 4 zu § 122; JOHN HH Bd. 3, 145

6) Daß der Begriff "Zusammenrotten" ein Vorgehen gegen Personen erfordert, weil "die Macht der Rotte sich stets gegen Menschen, nicht gegen Sachen kehrt", kann HEILBORN (ZStW 18, 172, 173) nicht zugegeben werden. Dagegen sprechen eindeutig die §§ 124 und 125, die Gewalttätigkeiten der Rottierer gegen Sachen unter Strafe stellen.

7) Allgemeine Meinung, RGSt GA 65, 535; RGSt JW 1934, 1786; BGHSt NJW 1953, 1031

8) Siehe die auf S. 13 in Anm. 1 Genannten

Rottendelikte zur Bedingung hat, daß die rechtswidrigen Absichten der Teilnehmer in die Tat umgesetzt worden sind; denn §§ 115, 122, 124 und 125 greifen nur ein, wenn eine der dort genannten Handlungen zur Ausführung gelangte. Unzutreffend ist es aber, als Voraussetzung für die Annahme einer Zusammenrottung eine äußere Erkennbarkeit der feindseligen Ziele in der Weise zu verlangen, daß zusätzlich zu den in den §§ 115, 122 etc. bezeichneten Aktionen weitere hinzukommen und die Rottierer ihre Zwecke bereits vorher kundtun müssen¹⁾. Die Folge dieser Auffassung wäre, daß diejenigen Gefangenen, die klug genug waren ihre wahren Absichten zu verbergen, von § 122 nicht erfaßt würden. § 122 verlöre dann weitgehend seine praktische Bedeutung, weil wohl die meisten Meutereien heimlich vorbereitet werden.

Umstritten war lange Zeit die Frage, wie viele Personen für eine Zusammenrottung im Rahmen des § 122 notwendig sind²⁾.

Das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung³⁾ und die überwiegende Ansicht im Schrifttum⁴⁾ hielten zwei Gefangene in jedem Fall für ausreichend.

Dagegen wurde von M.E. MAYER⁵⁾ eingewandt, schon aus sprachlichen Gesichtspunkten könne eine Zusammenrottung bei nur 2 Teilnehmern nicht angenommen werden. Charakteristisch für diesen Begriff sei gerade, daß es auf eine Person mehr oder weniger nicht ankomme. Er ging sogar so weit, das Vorhandensein einer Menschenmenge zu fordern, nahm allerdings bei § 122 praktisch eine Einschränkung vor, weil nach seiner Meinung auch wenige Gefangene "im engen Gange eines Gefängnisses, oder wenn sie im Hof der Strafanstalt zusammengedrängt sind, durchaus den Eindruck einer Menschenmenge machen"⁶⁾.

1) So aber OPPENHOFF Anm. 3 zu § 122; HEILBORN, ZStW 18, 176, 177; wie hier RGSt Rspr. 8, 322; OLSHAUSEN Anm. 4 zu § 122; HOFMANN S. 69

2) Diese Einschränkung ist deshalb erforderlich, weil einige Autoren zu § 115 und § 122 verschiedene Auffassungen vertraten und den Begriff "Zusammenrotten" in § 122 enger als in § 115 auslegten. So ließen MEYER-ALLFELD (S. 563 Anm. 7) und OPPENHOFF (Anm. 3 zu § 122) bei § 122 bereits zwei Teilnehmer genügen, während MEYER-ALLFELD (S. 560) für § 115 eine Menschenmenge, OPPENHOFF (Anm. 2 zu § 115) jedenfalls eine größere Personenzahl forderten. Auch BINDING BT II 2 S. 805 und 594 gelangte bei beiden Vorschriften zu unterschiedlichen Ergebnissen.

3) RGSt 2, 80; 3, 1; 13, 17; 50, 85; 69, 289; RGSt Rspr. 8 322

4) OPPENHOFF Anm. 3 zu § 122; MEYER-ALLFELD S. 563 Anm. 7; SCHÜTZE S. 269 Anm. 35; WACHENFELD S. 559; HOFMANN S. 76 ff

5) VDB Bd. 1 S. 469/70; ebenso MERKL S. 392

6) Gefangenenbefreiung S. 19/20

Andere Autoren ¹⁾ verlangten lediglich eine so große Teilnehmerzahl, daß durch sie eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, bei § 122 also für die Anstaltsordnung, erwachse. Untereinander wichen die Vertreter dieser Auffassung insofern voneinander ab, als nach einigen ²⁾ unter Umständen bereits zwei Gefangene den Tatbestand erfüllen konnten, während die übrigen ³⁾ diese Zahl nicht für genügend erachteten, ohne jedoch eine Mindestzahl anzugeben.

Der Streit ist zu Recht zu Gunsten der reichsgerichtlichen Ansicht entschieden ⁴⁾.

Der Wortlaut des § 122 kann jedoch entgegen SCHÜTZE ⁵⁾ und HOFMANN ⁶⁾ nicht zur Begründung herangezogen werden. Wenn auch § 122 keinen Hinweis für die Annahme einer Vielzahl bietet, so folgt daraus nicht zwingend, es könnten bereits zwei Gefangene eine Meuterei begehen. Selbst wenn hierfür mehr als zwei Teilnehmer Voraussetzung wären, so bedürfte es dennoch nicht, wie SCHÜTZE und HOFMANN behaupten ⁷⁾, der Aufnahme eines Zusatzes in den Tatbestand des § 122, aus dem sich das Erfordernis eines größeren Personenkreises ergibt.

Ein Anhaltspunkt für die Möglichkeit einer Zusammenrottung zweier Personen läßt sich bereits aus der Entstehungsgeschichte des Tatbestandes der Gefangenenmeuterei entnehmen. In § 182 des württembergischen Strafgesetzbuches von 1839, in dem erstmalig eine dem § 122 vergleichbare Regelung enthalten ist, heißt es: "Wenn sich zwei oder mehrere Gefangene der Strafanstalt zum gewaltsamen Ausbruch oder zu einer Gewaltanwendung gegen die Aufseher oder Beamten der Anstalt zusammengerottet haben ...".

Einen weiteren Hinweis bieten die §§ 53 Nr. 3 und 106 MStGB vom 20. Juli 1872. In beiden Vorschriften ist von einer Zusammenrottung "mehrerer" die Rede. Unter "mehrerer" sind aber im Strafrecht anerkanntermaßen schon zwei Personen

1) EBERMAYER LK 4. Aufl. Anm. 2 zu § 115; FRANK Anm. II 1 zu § 115; OLSHAUSEN Anm. 3 zu § 122; HÄLSCHNER BT II 2 S. 963; BINDING BT II 2 S. 593/594; CHRISTMANN S. 33

2) OLSHAUSEN a. a. O.; HÄLSCHNER a. a. O.; CHRISTMANN a. a. O.

3) Die übrigen in Anm. 1 Genannten

4) BGHSt 12 129; OLG Hamm NJW 1959, 1237; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 2 zu § 122; SCHWARZ-DREHER Anm. 1 zu § 122; WERNER LK Anm. II zu § 122; MEZGER-BLEI BT S. 274; LACHENMEYER S. 98

5) SCHÜTZE S. 269 Anm. 35

6) HOFMANN S. 77

7) Jeweils a. a. O.

zu verstehen ¹⁾. Ein Grund bei dem Merkmal "Zusammenrotten" davon abzuziehen, besteht nicht. Insbesondere überzeugt der Einwand nicht, zwei Teilnehmer könnten die für die Rottendelikte kennzeichnende Gefahr nicht herbeiführen ²⁾. Sie beruht nicht entscheidend auf der mehr oder weniger großen Teilnehmerzahl, sondern auf der räumlichen Verbindung der Beteiligten und damit der Möglichkeit, das geplante Vorhaben jederzeit mit körperlicher Unterstützung aller durchzuführen. Wo dem Gesetzgeber die von der räumlichen Verbindung ausgehende Gefährlichkeit nicht ausreichend erschien, fordert er ausdrücklich die Zusammenrottung einer Menschenmenge, §§ 124, 125.

Zu Recht hat daher das Reichsgericht in den Fällen, in denen zwei in einer Zelle untergebrachte Gefangene einen gewaltsamen Ausbruch unternehmen oder das Haftpersonal angreifen, § 122 angewandt ³⁾. Dagegen sind jedoch selbst von Autoren ⁴⁾, die eine Zusammenrottung zweier Gefangener für möglich halten, Bedenken geäußert worden. Sie behaupten, es müsse hier sorgfältig zwischen "Zusammenrotten" und dem von § 122 nicht erfaßten "gemeinschaftlichen Handeln" unterschieden werden. Das habe auch das Reichsgericht erkannt, wenn es in einer zu § 122 ergangenen Entscheidung, die einen Fall des Ausbruchs zweier in einer Zelle untergebrachter Gefangener betraf, ausgeführt habe ⁵⁾: "Es ist allerdings nicht schon das gemeinschaftliche auf vorausgehender ausdrücklicher oder stillschweigender Verabredung beruhende Unternehmen des Ausbruchs unter Strafe gestellt, sondern die Gemeinschaftlichkeit des Handelns muß den Charakter des Zusammenrottens tragen, d. h. es muß nach außen durch das Zusammenhalten der Teilnehmenden sich erkennen lassen, daß dieselben zur Befreiung im Wege der Gewalt mit vereinten Kräften entschlossen sind." Die genannten Autoren beanstanden an diesen Ausführungen, daß das Reichsgericht weder klargestellt habe, worin der Unterschied zwischen der auf Grund einer Zusammenrottung und der nur gemeinschaftlich verübten Tat bestehe. Auch habe das Reichsgericht in seinen späteren Entscheidungen, die gleichgelagerte Fälle betrafen, nicht die Konsequenzen aus seinen Erörterungen gezogen und nicht genau geprüft, ob wirklich eine Zusammenrottung angenommen werden könne.

1) Z. B. für § 123 Abs. 2; RGSt 7, 395; 55, 60; MAURACH BT S. 175; für § 223 a; RGSt 23, 196; 28, 245; BGHSt JZ, 46; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 9 zu § 223 a

2) So EISEMANN S. 19

3) RGSt 2, 80; 13, 17; 49, 429; 69, 289

4) HIELBORN ZStW 18, 170; LACHENMAYER S. 99; SCHULENBURG S. 31; im gleichen Sinn schon früher JOHN HH Bd. 3, 146/147

5) RGSt 2, 80

So einig sich die betreffenden Autoren in ihrer Kritik der Rechtsprechung des Reichsgerichts sind, so wenig stimmen sie in ihren Überlegungen überein, nach welchen Gesichtspunkten in diesen Fällen "Zusammenrotten" und "gemeinschaftliches Handeln" voneinander abzugrenzen sind.

Während SCHULENBURG ¹⁾ eine Meuterei nur dann für gegeben ansieht, wenn die Gefangenen ohne vorherige Verabredung, aus einem plötzlichen Impuls heraus, einer Eingebung des Augenblicks folgend die in § 122 beschriebenen Handlungen begehen, will LACHENMAYER ²⁾ danach unterscheiden, ob die Gefangenen lediglich einen gemeinsamen Willen gehabt hätten oder ob darüber hinaus eine tatsächliche Kräftevereinigung von ihnen gewollt gewesen sei. Nur unter der letzteren Voraussetzung greife § 122 ein. JOHN ³⁾ dagegen meint, von einer Zusammenrottung könne bei einer derartigen Sachlage allein in den Fällen des § 122 Abs. 1 gesprochen werden. HEILBORN ⁴⁾ schließlich hält eine Abgrenzung überhaupt für unmöglich und deshalb eine Meuterei hier für ausgeschlossen.

Bereits die Fragestellung der genannten Autoren, wie in diesen Fällen zwischen "Zusammenrotten" und "gemeinschaftlichem Handeln" unterschieden werden kann, erscheint verfehlt. Es kommt nicht darauf an, ob bei der gegebenen Sachlage die Voraussetzungen gemeinschaftlichen Handelns vorliegen, sondern entscheidend ist allein, ob die Erfordernisse des Begriffs "Zusammenrotten" erfüllt sind. Da aber in diesen Fällen sowohl eine räumliche Verbindung der Gefangenen als auch das gemeinsame Bewußtsein, sich gegen die Anstaltsordnung aufzulehnen, vorhanden sind, kann eine Zusammenrottung unbedenklich angenommen werden. Das dürfte auch die Auffassung des Reichsgerichts gewesen sein. Die oben zitierten Ausführungen scheinen zwar darauf hinzudeuten, als stehe das Reichsgericht auf dem Standpunkt, es müsse hier zwischen "Zusammenrotten" und "gemeinschaftlichem Handeln" unterschieden werden. Betrachtet man aber die gesamte spätere Rechtsprechung, so findet sich keine Entscheidung, in der in derartigen Fällen das Vorliegen einer Zusammenrottung geprüft oder sogar abgelehnt wurde.

Können somit zwei Gefangene in jedem Fall eine Zusammenrottung bilden, so darf andererseits diese Zahl nicht unterschritten werden. Die Vereinigung eines Gefangenen mit einem oder mehreren Nichtgefangenen vermag nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut "Gefangene, welche sich zusammenrotten ..." eine

1) S. 31

2) S. 99

3) HH Bd. 3, 146/147

4) ZStW 18, 170

Bestrafung aus § 122 nicht nach sich zu ziehen ¹⁾).

Das Gleiche muß gelten, wenn von zwei Gefangenen der eine nur zum Schein teilnimmt ²⁾, er also das Vorhaben in Wirklichkeit nicht durchführen will, sondern beispielsweise beabsichtigt, den Plan an das Aufsichtspersonal zu verraten, um dem anderen Schaden zuzufügen. Im Gegensatz zum vorher besprochenen Fall läßt sich dieses Ergebnis nicht mit dem Gesetzeswortlaut begründen. Es folgt einmal aus der Tatsache, daß hier die für die Zusammenrottung notwendige innere Übereinstimmung, sich gegen die Anstaltsordnung aufzulehnen, fehlt, zum anderen ganz allgemein aus dem Wesen der Rottendelikte. Ihre spezifische Gefahr beruht nicht auf dem subjektiv gesteigerten Kraftgefühl des Einzelnen, der, wenn auch irrig, annimmt, der oder die Mitgefangenen stünden hinter ihm ³⁾, Entscheidend ist die "reale Gefahr der Massenbildung" ⁴⁾, die Möglichkeit, die beabsichtigte Tat mit Unterstützung Mehrerer zu begehen.

Dagegen läßt sich von einer Zusammenrottung durchaus sprechen, wenn von zwei Gefangenen nur einer strafrechtlich verantwortlich ist ⁵⁾. Demgegenüber wird eingewandt, so wenig wie sich jemand mit einem Tier zusammenrotten könne, so unmöglich sei es, eine Zusammenrottung eines Zurechnungsfähigen mit einem Unzurechnungsfähigen anzunehmen ⁶⁾.

Diese Auffassung schränkt das Merkmal "Zusammenrotten" ein, ohne daß hierfür eine Berechtigung besteht. Auch ein Zurechnungs- und ein Unzurechnungsfähiger sind in der Lage, eine Tat gemeinsam zu planen und sie gemeinsam auszuführen ⁷⁾. Auch von ihnen kann damit die in der "Massenbildung" liegende be-

1) RGSt 73, 349; RGSt GA 53, 436; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 2 zu § 122

2) OLG Hamm JZ 1953, 342 mit zustimmender Anm. von MAURACH; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 2 zu § 122; WERNER LK Anm. II zu § 122

3) MAURACH a.a.O.

4) MAURACH a.a.O.; ähnlich RGSt JW 1934, 3281 mit zustimmender Anm. von WEGENER

5) FREUDENTHAL S. 128 ff.; LACHENMAYER S. 106/107; auf dem gleichen Standpunkt dürfte auch v. BURI (GS 22, 228) stehen, wenn er sagt: "Es kann ein Zurechnungsfähiger mit einer Anzahl Narren recht gut einen Aufruhr erregen."

6) HOFMANN S. 86/87

7) Dies ist selbst bei zwei Unzurechnungsfähigen möglich. Daß es andererseits gewisse Grade der Unzurechnungsfähigkeit gibt, in denen bei Beteiligung nur eines strafrechtlich verantwortlichen Gefangenen eine Zusammenrottung nicht vorliegt, soll allerdings nicht verkannt werden. Ebenso FREUDENTHAL S. 129 Anm. 2.

sondere Gefahr ausgehen, die kennzeichnend für eine Zusammenrottung ist und auf die allein bei der Auslegung dieses Begriffs abgestellt werden muß.

IV. DIE BEGEHUNG MIT VEREINTEN KRÄFTEN

Neben einer Zusammenrottung erfordern sämtliche Rottendelikte übereinstimmend ein Handeln mit vereinten Kräften. Dadurch wird klargestellt, daß isolierte Zufallsaktionen einzelner Teilnehmer die Anwendbarkeit der §§ 115, 122, 124 und 125 nicht begründen, sondern daß nur diejenigen Taten erfaßt werden, die als "ein Vorhaben der Rote" anzusehen sind. Aus dem Begriff "Zusammenrotten" läßt sich dies nicht entnehmen ¹⁾; denn hierfür ist lediglich ein Zusammenschluß in rechtswidriger Absicht, nicht jedoch ein auf Vornahme bestimmter Handlungen gerichteter Plan wesentlich. Deshalb müßte ohne das Merkmal der Begehung mit vereinten Kräften auch ein von den Beteiligten nicht gebilligtes, ja gegen ihren ausdrücklichen Willen geübtes Verhalten eines einzelnen Teilnehmers zu einer Bestrafung aus § 122 Abs. 1 führen. Man denke an den Fall, daß einer von mehreren Gefangenen eine Gewalttätigkeit gegenüber einem Aufsichtsbeamten verübt, obwohl sie vereinbart hatten, eine Erleichterung der Haftbedingungen allein durch Drohungen gegenüber dem Anstaltspersonal durchzusetzen.

Welche Kriterien sind nun maßgebend, um ein "Vorhaben der Rote" annehmen zu können?

Bedeutungslos ist sicher, ob die Beteiligten sich von Anfang an über die Art des Vorgehens einig waren oder ob die Rote die Durchführung einer an sich nicht beabsichtigten Tat unterstützt ²⁾, etwa weil ihr plötzlich gerade dieses Unternehmen erfolgversprechend erscheint. Unerheblich muß bei einer größeren Teilnehmerzahl auch sein, ob alle Rottierer die verübten Handlungen gebilligt, sie physisch oder psychisch gefördert haben. Das läßt sich an einem einfachen Beispiel nachweisen: Von 50 Beteiligten erklärt sich einer mit den Maßnahmen der übrigen nicht einverstanden und versucht, ihnen entgegenzuwirken. Niemand wird die Auffassung vertreten, daß dadurch die Anwendbarkeit der §§ 115, 122, 124 und 125 ausgeschlossen wird.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, wieviele Personen sich wenigstens einig gewesen sein müssen, wenn innerhalb der Rote Meinungsverschiedenheiten

1) MAURACH BT S. 609; HEILBORN ZStW 18, 200; wohl auch BINDING BT II 2 S. 809

2) BINDING BT II 2 S. 805

über die Art und Weise des Vorgehens bestehen. Eine Mindestzahl für alle Fälle anzugeben, dürfte nicht möglich sein. Entscheidend ist stets, ob den vorgenommenen Handlungen die für die Rottendelikte charakteristische Gefährlichkeit anhaftet. Dabei ist darauf abzustellen, ob bei der Verübung der Gewaltakte die Rotte in ihrem äußeren Erscheinungsbild als geschlossene Einheit auftritt oder ob der Eindruck entsteht es handle sich lediglich um "isolierte Zufallsaktionen" einzelner Teilnehmer. Für die Feststellung, welche der beiden Möglichkeiten gegeben ist, kommt es wesentlich auf die äußeren Umstände an. Tritt die ablehnende Haltung einiger Rottierer nicht erkennbar hervor, so wird man schon die Übereinstimmung zweier Teilnehmer als ausreichend anzusehen haben. Versuchen dagegen einige Beteiligte, die Durchführung einer ihrer Vorstellung nicht entsprechenden Tat zu verhindern, etwa um ihre eigenen Pläne durchzusetzen, dann muß das Einigsein einer größeren Personenzahl verlangt werden.

Heftig umstritten war lange Zeit die Frage, ob "Handeln mit vereinten Kräften" die Ausführung der im Gesetz beschriebenen Taten durch mehrere, zumindest zwei Rottierer voraussetzt oder ob die §§ 115, 122 etc. auch dann anzuwenden sind, wenn nur ein Teilnehmer tätig geworden ist und die anderen ihn lediglich psychisch unterstützt haben ¹⁾.

Die Anhänger der ersteren Auffassung ²⁾ hielten es aus sprachlichen Gründen für unmöglich, im Handeln eines Beteiligten eine Begehung mit vereinten Kräften zu sehen. Sie verlangten für die Verwirklichung des Tatbestandes das körperliche Zusammenwirken wenigstens zweier Personen. Uneinigkeit bestand unter den Vertretern dieser Ansicht allerdings über den Umfang dieses Zusammenwirkens. BINDING ³⁾, FRANK ⁴⁾, M.E. MAYER ⁵⁾, JOHN ⁶⁾, FREUDENTHAL ⁷⁾

1) Kein Zweifel bestand aber auch früher schon darüber, daß bei einer Zusammenrottung von mehr als zwei Personen eine Vornahme der im Gesetz genannten Ausführungshandlungen durch alle an der Zusammenrottung Beteiligten nicht erforderlich ist. Bei einer anderen Betrachtungsweise wäre der Grundtatbestand der Rottendelikte sinnlos, weil stets die Strafschärfung der §§ 115 Abs. 2, 122 Abs. 3 und 125 Abs. 2 eingriffe.

2) FRANK Anm. II 4 zu § 115; SCHWARTZ Anm. 3 zu § 115; BINDING BT II 2 S. 808/809; HÄLSCHNER BT II 2 S. 824; M.E. MAYER VDB Bd. 1 S. 471/472; FREUDENTHAL S. 136; EISEMANN S. 33; SCHULENBURG S. 45/46; JOHN HH Bd. 3 S. 130

3) BT II 2 S. 808/809

4) Anm. II 4

5) VDB Bd. 1 S. 471/72

6) HH Bd. 3 S. 130

7) S. 136

und EISEMANN ¹⁾ forderten die eigenhändige Vornahme der im Gesetz beschriebenen Tätigkeit durch mindestens zwei Personen ²⁾. Nach SCHWARTZ ³⁾, HÄLSCHNER ⁴⁾ und SCHULENBURG ⁵⁾ genügte es dagegen, daß nur einer die Tatbestandshandlung ausführt, wenn er hierbei von einem anderen körperlich unterstützt wird.

Das Reichsgericht ⁶⁾ gelangte, vom Sinn und Zweck der Rottendelikte ausgehend, zu der Auffassung, es genüge das Tätigwerden eines Teilnehmers, sofern er von den anderen Rottierern unterstützt werde. Die Gefährlichkeit der in den §§ 115, 122, 124 und 125 bezeichneten Handlungen beruhe in erster Linie auf der Tatsache, daß die Rote auf Grund ihres gemeinsamen Planes als Einheit auftrete. Darin komme die Kräftevereinigung wirkungsvoller zum Ausdruck als in dem zufälligen Umstand, "ob der Eisenstab, mittels dessen der Fensterladen erbrochen wurde, nur von zwei oder von mehr Händen angefaßt worden ist." ⁷⁾ Die Ansicht des Reichsgerichts hat sich zu Recht durchgesetzt ⁸⁾.

Gegen sie wurde eingewandt ⁹⁾, "passive Assistenz" könne schon deshalb nicht genügen, weil "Zusammenrotten" einen friedensstörenden Willen der Beteiligten voraussetzte und daher bereits in diesem Begriff die Billigung der Rottierer mit den von den einzelnen Teilnehmern verübten Handlungen enthalten sei. Das Merkmal der Begehung mit vereinten Kräften verliere demzufolge bei der Auslegung des Reichsgerichts jede Bedeutung. Dem ist entgegenzuhalten, daß für eine

1) S. 33

2) Untereinander wichen die genannten Autoren insoweit voneinander ab, als nach FRANK und JOHN die beiden Rottierer als Mittäter handeln mußten, während BINDING, M.E. MAYER und FREUDENTHAL von dieser Voraussetzung absahen und den Tatbestand auch für erfüllt erachteten, wenn die Angriffe ohne vorherige Verabredung erfolgten.

3) Anm. 3 zu § 115

4) BT II 2 S. 824

5) S. 45/46

6) RGSt 15, 217; 20, 304; 30, 391; 36, 174; 47, 179; RGSt GA 65, 535. Der Ansicht des Reichsgerichts folgten im Schrifttum; OLSHAUSEN Anm. 3 c zu § 115; OPPENHOFF Anm. 8 zu § 115; v. SCHWARZE Anm. 8 zu § 115; GERLAND S. 247; MEYER-ALLFELD S. 498 Anm. 6

7) RGSt 15, 217 (221)

8) Heute allg. Meinung, vergl. Bayr. ObIGNJW 1955, 1806; DALCKE-SCHÄFER Anm. 3 zu § 115; KOHLRAUSCH-LANGE Anm. IV zu § 115; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 5 zu § 115; SCHWARZ-DREHER Anm. 3 zu § 115; WERNER LK Anm. V zu § 115; WELZEL Lb S. 455

9) M.E. MAYER VDB Bd. 1 S. 471/472; SCHULENBURG S. 44/45

Zusammenrottung kein auf die Vornahme bestimmter Taten gerichteter Plan wesentlich ist, sondern daß die Rottierer durchaus verschiedene Vorstellungen über die Art und Weise des Vorgehens haben können. Aus dem Begriff "Zusammenrotten" folgt daher keineswegs das Einverständnis der übrigen mit jedem beliebigen Verhalten eines Beteiligten.

EISEMANN ¹⁾ brachte gegen die Auffassung des Reichsgerichts vor, konsequenterweise müßten danach alle Teilnehmer an der Zusammenrottung mit der Strafschärfung der §§ 115 Abs. 2, 122 Abs. 3 und 125 Abs. 2 belegt werden; denn setze man "Handeln mit vereinten Kräften" und "Gemeinsamkeit des Plans" gleich und nehme davon ausgehend an, auch wer die aktiven Rottierer nur psychisch unterstützte, habe die Tat mit vereinten Kräften begangen, dann erfüllten alle Beteiligten stets den Tatbestand der §§ 115 Abs. 2, 122 Abs. 3 und 125 Abs. 2.

Diese Argumentation übersieht zunächst einmal, daß aus den §§ 115 und 125 nicht allein derjenige zur Verantwortung gezogen werden kann, der die Vorhaben der Rotte billigt, sondern auch derjenige, der sich trotz ablehnender Einstellung der Zusammenrottung anschließt ²⁾. Die Erwägung Eisemanns trifft aber für § 122 ebenfalls nicht zu, obwohl dessen erster Absatz ³⁾ im Gegensatz zu §§ 115 Abs. 1 und 125 Abs. 1 als Täter nur ansieht, wer selbst mit vereinten Kräften gehandelt hat. Aus dem Gesetz ergibt sich keineswegs, es solle jeder der mit vereinten Kräften handelnden Rottierer dem strengeren Strafraum des § 122 Abs. 3 unterfallen, auch wenn die Meuterer Gewalttätigkeiten gegenüber dem Haftpersonal begangen haben. Vielmehr spricht § 122 Abs. 3 ganz eindeutig dafür, innerhalb dieses Personenkreises die Strafschärfung nicht uneingeschränkt anzuwenden, da anderenfalls § 122 Abs. 1 weitgehend überflüssig wäre ⁴⁾.

Schließlich ist der Haupteinwand gegen die Ansicht des Reichsgerichts, eine Begehung mit vereinten Kräften erfordere sprachlich notwendigerweise ein körperliches Zusammenwirken und deshalb ein Tätigwerden mehrerer Personen ⁵⁾, nicht durchschlagend.

Das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung zwischen Auslegung und

1) S. 33

2) RGSt 55, 249; 58, 209; 60, 331; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 6 zu § 115; WERNER LK Anm. IV zu § 115

3) Das Gleiche gilt für § 122 Abs. 2, der aber in diesem Zusammenhang keine Bedeutung hat, weil sich § 122 Abs. 3, wie noch zu zeigen sein wird (S. 38), nur auf § 122 Abs. 1 bezieht.

4) Dazu ausführlich unten S. 66, 80

5) So insbesondere M.E. MAYER VDB Bd. 1 S. 471

Analogie stellt der Wortsinn des Gesetzes dar ¹⁾. Deckt die Wortbedeutung der Vorschrift den zur Entscheidung stehenden Sachverhalt, so kann dieser im Wege der Auslegung unter den betreffenden Tatbestand subsumiert werden. Wird diese Grenze überschritten, so liegt ein Fall der Analogie vor ²⁾.

Danach ergibt sich für die hier zu erörternde Frage folgendes: Unter "Kraft" versteht man zwar gewöhnlich die "physische" Kraft, unter "Handeln mit vereinten Kräften" ein Handeln mit vereinten physischen Kräften, also eine körperliche Kräftevereinigung wenigstens zweier Personen. Darin erschöpft sich aber die Bedeutung des Wortes "Kraft" nicht. Sie umfaßt auch die "psychische" Kraft. Den Tatbestand der Rottendelikte erfüllt daher ebenfalls ein Handeln mit vereinter psychischer Kraft. Von einem gemeinsamen Unternehmen, wie es die §§ 115, 122, 124 und 125 voraussetzen, kann daher nicht nur in den Fällen gesprochen werden, in denen die Teilnehmer einander körperlich Hilfe leisten. Ein gemeinsames Unternehmen ist vielmehr auch dann anzunehmen, wenn die Gemeinsamkeit in der inneren Übereinstimmung der Beteiligten über die Art und Weise des Vorgehens besteht, wenn sich, wie das Reichsgericht ³⁾ zutreffend feststellt, "die verübten Gewalttätigkeiten als Produkte des Gesamtwillens der Rotte" darstellen.

Der Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der einzelnen Teilnehmer kommt hier ebensowenig Bedeutung zu wie bei dem Begriff "Zusammenrotten" ⁴⁾. Der Sinn des Merkmals "Begehung mit vereinten Kräften" besteht in der Einschränkung der Strafbarkeit auf die von den Rottierern gemeinschaftlich verübten Handlungen. Es läßt sich aber nicht bezweifeln, daß auch zurechnungs- und unzurechnungsfähige, ja sogar zwei schuldunfähige Personen eine Tat gemeinsam ausführen können ⁴⁾ und eine derartige Vereinigung in der Regel nicht weniger gefährlich ist als die strafrechtlich verantwortlicher Beteiligter.

1) ENGISCH S. 149

2) ENGISCH a. a. O.

3) RGSt 15, 217 (221)

4) SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 5 zu § 115; OLSHAUSEN Anm. 3 c zu § 115; BINDING BT II 2 S. 813; M. E. MAYER VDB Bd. 1 S. 472; FREUDENTHAL S. 135; a. A. CHRISTMANN S. 39, mit der Begründung, ein Unzurechnungsfähiger könne strafrechtlich nicht wirksam handeln. Dabei wird verkannt, daß Handlungs- und Schuldfähigkeit zwei durchaus verschiedene Gesichtspunkte sind. Für den Begriff der Begehung mit vereinten Kräften kommt es allein auf die Handlungsfähigkeit an. Sie aber wird auch bei einem Unzurechnungsfähigen in der Regel vorliegen.

5) Daß es Grade von Unzurechnungsfähigkeit gibt, bei denen dies nicht möglich ist, soll allerdings nicht verkannt werden.

2. KAPITEL

§ 122 ABS. 1 UND 2

I. DER GESCHÜTZTE PERSONENKREIS DES § 122 ABS. 1

§ 122 Abs. 1 setzt ein Vorgehen der Meuterer gegen Anstaltsbeamte oder die mit der Beaufsichtigung der Gefangenen beauftragten Personen voraus.

Anstaltsbeamter ist jeder, der von der Anstaltsverwaltung angestellt und dem eine Tätigkeit übertragen worden ist, die sich aus der Anstaltsgewalt ableitet und deren Zwecken dient ¹⁾. Daß der Anstaltsbeamte mit der Bewachung der Gefangenen betraut wurde, verlangt § 122 Abs. 1 im Gegensatz zu § 347 nicht. Auch ein Angriff gegen einen Anstaltsbeamten, der ausschließlich Büroarbeiten erledigt, erfüllt den Tatbestand dieser Vorschrift ²⁾.

Zu dem zweiten in § 122 Abs. 1 genannten Personenkreis gehören alle die, denen durch Auftrag eines zuständigen amtlichen Organs die Aufsicht über Gefangene zugewiesen worden ist ³⁾. Gemeint sind hiermit einmal Privatpersonen, z.B. privat angestellte Krankenwärter, die in ein Krankenhaus eingelieferte Gefangene zu betreuen haben, oder Unternehmer, denen Gefangene zur Beschäftigung überlassen sind. Sie werden durch die Annahme des behördlichen Bewachungsauftrages selbst zu "einem amtlichen Organ" ⁴⁾. Zum anderen werden im Rahmen des § 122 Abs. 1 Beamte erfaßt, denen die Eigenschaft eines Anstaltsbeamten fehlt ⁵⁾. Auch sie müssen als taugliches Angriffsobjekt im Sinne des § 122 angesehen werden; denn andernfalls gelangte man zu dem widersinnigen Ergebnis, daß durch Angriffe gegen Polizisten, die einen Gefangenentransport beglei-

1) Diese Definition stellt eine für § 122 Abs. 1 notwendige Konkretisierung des von der Rechtsprechung und im Schrifttum entwickelten strafrechtlichen Beamtenbegriffs dar. Vergl. dazu z.B. RGSt 70, 235; 72, 290; BGHSt 8, 22; 11, 349; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 6 zu § 359; SCHWARZ-DREHER Anm. 1 A zu § 359

2) Für § 347 genügt dies nicht, RGSt 27, 211

3) OLSHAUSEN Anm. 1 zu § 121; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 2 zu § 121; WERNER LK Anm. I zu § 121; M.E. MAYER Gefangenenbefreiung S. 10

4) WERNER LK Anm. I zu § 121

5) Anders die herrschende Meinung bei § 121. Hier sollen zu den mit der Beaufsichtigung beauftragten Personen Beamte nicht zu zählen sein, sondern stets § 347 vorliegen. So OLSHAUSEN Anm. 1 zu § 121; SCHWARTZ Anm. 1 zu § 121; WERNER LK Anm. I zu § 121; JOHN HH Bd. 3 S. 152; a.A. BINDING II 2 S. 596 u. M.E. MAYER Gefangenenbefreiung S. 10, die in den Fällen, in denen der Beamte nicht in seiner Eigenschaft als Beamter beauftragt ist, § 121 anwenden wollen.

ten, der Tatbestand nicht erfüllt werden könnte, während § 122 Abs. 1 anzuwenden wäre, wenn es sich bei den Bewachern um beauftragte Privatpersonen handelte.

Schließlich bleibt noch zu klären, wer als zuständiges Organ zur Erteilung eines Bewachungsauftrages anzusehen ist. Damit in engem Zusammenhang steht die weitere Frage, ob gegenüber einem Beamten, der nicht zu den Anstaltsbeamten gehört und dem die Aufsicht über Gefangene nicht durch die Anstaltsverwaltung übertragen wurde, § 122 Abs. 1 verwirklicht werden kann. Das Problem sollen folgende Fälle veranschaulichen:

Ein Polizist betrifft mehrere Diebe auf frischer Tat, nimmt sie fest und zwingt sie, mit ihm zum nächsten Polizeirevier zu gehen. Auf dem Wege dorthin wird er von ihnen niedergeschlagen.

Ein Polizist beauftragt bei gleicher Sachlage eine Privatperson mit der Beaufsichtigung der Diebe, um telefonisch Verstärkung anzufordern. Unterdessen wird der Beauftragte von den Festgenommenen tätlich angegriffen.

Kann in diesen Fällen eine Bestrafung aus § 122 Abs. 1 erfolgen?

Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob man ganz allgemein die Staatsgewalt oder speziell die Anstaltsgewalt als durch § 122 geschützt ansieht. Trifft letzteres zu, so scheidet § 122 Abs. 1 aus, weil weder der Polizist noch die von ihm beauftragte Privatperson Träger der Anstaltsgewalt sind. Bei ausdehnender Auslegung bestünden gegen die Anwendung des § 122 Abs. 1 im zweiten Fall keine Bedenken. Beim ersten Sachverhalt müßte allerdings noch ein Auftrag des Polizeibeamten zur Beaufsichtigung der Gefangenen hinzukommen. Dieser Auftrag ließe sich aber aus der Dienstpflicht des Polizeibeamten herleiten.

Richtig erscheint eine den § 122 Abs. 1 einschränkende Lösung ¹⁾. Das Gesetz erwähnt im Gegensatz zu den §§ 120 und 347, die generell von Beamten sprechen, in § 122 Abs. 1 lediglich die Anstaltsbeamten. Schon das läßt den Schluß zu, nicht jeder Beamte stelle ein geeignetes Angriffsobjekt für § 122 Abs. 1 dar, sondern eine Meuterei könne nur gegenüber einem Beamten begangen werden, dem die Eigenschaft eines Organs der Anstaltsgewalt zukommt. Die-

1) BINDING BT II 2 S. 594/95 lehnt in derartigen Fällen zwar ebenfalls § 122 Abs. 1 ab, hält aber die Anwendung des § 122 Abs. 2 für möglich. Die Unterscheidung danach, ob eine Befreiung beabsichtigt war oder nicht, überzeugt jedoch deshalb nicht, weil § 122 Abs. 1 u. 2 dasselbe Rechtsgut schützen.

se Ansicht wird durch die Überlegung gestützt, daß der erforderliche Bewachungsauftrag die Erteilung durch ein zuständiges amtliches Organ voraussetzt. Sind aber in § 122 Abs. 1 an Amtspersonen nur die Anstaltsbeamten genannt, so folgt daraus, daß eine im Rahmen des § 122 Abs. 1 relevante Beaufsichtigung der Gefangenen durch einen Dritten von einem Gefängnisbeamten veranlaßt worden sein muß.

II. DIE EINZELNEN TATBESTANDSHANDLUNGEN DES § 122 ABS. 1

1. Der Angriff

Das RStGB verwendet das Tatbestandsmerkmal "Angreifen" in verschiedenster Form. So spricht § 83 von einem Angriff auf Leib oder Leben, § 316 a von einem Angriff auf Leib, Leben oder Entschlußfreiheit, § 113 von einem tätlichen Angriff und § 53 Abs. 2 wie § 122 Abs. 1 lediglich von einem Angriff. Trotz der Übereinstimmung mit § 53 Abs. 2 besteht Einigkeit darüber, daß unter "Angriff" im Sinne des § 122 Abs. 1 anders als in § 53 Abs. 2 nicht jede Verletzung rechtlich geschützter Interessen zu verstehen, sondern die in § 113 vorgesehene Beschränkung auf tätliche Angriffe in dem § 122 Abs. 1 zu übernehmen ist ¹⁾.

Die Richtigkeit dieser Auffassung folgt aus der Ähnlichkeit der §§ 115 Abs. 1 und 122 Abs. 1 ²⁾ Schutzobjekt beider Vorschriften ist die Autorität der Staatsgewalt ³⁾. Tritt aber nach § 115 Abs. 1 eine strafbare Beeinträchtigung dieses Schutzobjektes nur bei Vorliegen eines tätlichen Angriffs ein - § 115 verweist auf § 113 -, so ist nicht einzusehen, weshalb der Tatbestand des § 122 Abs. 1 auf "wörtliche" Angriffe ausgedehnt werden sollte; umsomehr als eine besondere Gefahr für die Anstaltsordnung erst durch ein tätliches Vorgehen gegen das Haftpersonal entsteht.

"Tätlicher Angriff" bedeutet jede in feindseliger Willensrichtung vorgenommene unmittelbar auf den Körper eines Anderen zielende Einwirkung ⁴⁾.

1) FRANK Anm. 2a zu § 122; OLSHAUSEN Anm. 5 a zu § 122; OPPENHOFF Anm. 11 zu § 122; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 5 zu § 122; SCHWARZ-DREHER Anm. 3 a zu § 122; MEZGER-BLEI BT S. 274; M.E. MAYER Gefangenenbefreiung S. 17/18

2) Verfehlt ist OPPENHOFFs Begründung (Anm. 11 zu § 122), ein Angriff ohne Tätlichkeit sei nicht denkbar. Die Gefangenen können das Haftpersonal ohne weiteres "wörtlich", durch beleidigende Äußerungen angreifen.

3) Daß im Fall des § 122 Abs. 1 die Staatsgewalt durch die Anstaltsgewalt verkörpert wird, hat in diesem Zusammenhang keine Bedeutung.

4) RGSt 59, 265; 41, 182; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 12 zu § 113; WERNER

Eine Verletzung braucht nicht eingetreten zu sein ¹⁾, selbst eine körperliche Berührung ist nicht notwendig. Den Anforderungen dieses Tatbestandsmerkmals genügt daher auch ein fehlgegangenes oder ein von einem Dritten abgewehrter Schlag ²⁾. Darüber hinaus kann ein tätlicher Angriff sogar dann angenommen werden, wenn eine Berührung des Körpers nicht einmal beabsichtigt war, z.B. der Angriff auf eine Freiheitsberaubung abzielt ³⁾. Fehlt jedoch der Wille, in irgendeiner Form auf den Körper eines Anderen einzuwirken, so läßt sich nicht von einem tätlichen Angriff sprechen ⁴⁾.

2. Der Widerstand

Auch hinsichtlich dieses Tatbestandsmerkmals weicht der Wortlaut des § 122 Abs. 1 von dem des § 113 Abs. 1 ab. Während § 113 Abs. 1 Widerstand mit Gewalt oder Drohung mit Gewalt verlangt, spricht § 122 Abs. 1 lediglich von Widerstand, ohne eine Einschränkung auf bestimmte Erscheinungsformen des Widerstandleistens vorzunehmen. Im Gegensatz zum Angriff wird hier aus dem unterschiedlichen Gesetzeswortlaut beider Vorschriften von einigen Autoren ⁵⁾ der Schluß gezogen, der Begriff des Widerstandes in § 122 Abs. 1 stimme mit dem in § 113 Abs. 1 nicht überein, sondern gehe darüber hinaus. § 122 Abs. 1 stelle jeden, auch den passiven Widerstand unter Strafe.

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 26:

Anm. IV 3 zu § 113; MEZGER-BLEI BT S. 265

1) Siehe die in Anm. 1 Genannten. a.A. BINDING BT II 2 S. 780 Anm. 6, der aber übersieht, daß durch den Zusatz "tätlich" nur klargestellt werden soll, daß "wörtliche" Angriffe nicht erfaßt werden.

2) RGSt 7/301; FRANK Anm. VI zu § 113; MEZGER-BLEI BT S. 265

3) RGSt 41, 182; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 12 zu § 113; MEZGER-BLEI BT S. 265

4) RGSt 41, 182/183; FRANK Anm. VI 2 zu § 113; WERNER LK Anm. IV 3 zu § 113; a.A. zu unrecht SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 12 zu § 113; die Absicht, auf den Körper einzuwirken, braucht nicht mit der Absicht körperlicher Berührung identisch zu sein. So fehlt es z.B. an einer körperlichen Berührung, wenn jemand in einem eiskalten Raum eingeschlossen wird; dennoch liegt darin zweifellos eine körperliche Einwirkung.

5) OPPENHOFF Anm. 8 zu § 122; RÜDORFF Anm. 5 zu § 122; SCHÜTZE S. 270; JOHN HH Bd. 3 S. 143/4

Die herrschende Meinung ¹⁾ sieht demgegenüber zu Recht nur die in § 113 Abs. 1 genannten Arten des Widerstandes als geeignete Meutereihandlungen an.

Die hierfür vielfach gegebene Begründung, Widerstand mit vereinten Kräften könne nur in der Form des § 113 Abs. 1 begangen werden, Widerstand durch Passivität lasse sich nicht mit vereinten Kräften durchführen ²⁾, überzeugt allerdings nicht. Entscheidend für das Merkmal "Handeln mit vereinten Kräften" ist nicht die körperliche Kräftevereinigung, sondern eine Handlung, die vom "Gesamtwillen der Rotte" getragen wird. ³⁾ Es kann aber nicht bezweifelt werden, daß sich Gefangene auf Grund eines gemeinschaftlichen Entschlusses den Anforderungen der Aufsichtsbeamten widersetzen können, indem sie deren Befehle nicht befolgen, ohne dabei Gewalt oder Drohung mit Gewalt anzuwenden. Außerdem vermag diese Überlegung nicht zu erklären, warum nur Widerstand mit Gewalt oder Drohung mit Gewalt, nicht dagegen Widerstand durch Drohung mit einem empfindlichen Übel von § 122 Abs. 1 erfaßt werden soll, obwohl, wie die Verweisung des § 115 auf § 114 zeigt, eine Drohung ohne weiteres mit vereinten Kräften begangen werden kann.

Die herrschende Meinung muß ebenso wie die einschränkende Auslegung des Tatbestandsmerkmals "angreifen" mit der Ähnlichkeit der §§ 115 Abs. 1 und 122 Abs. 1 begründet werden ⁴⁾. § 115 nimmt auf § 113 Bezug, setzt also Widerstand mit Gewalt oder Drohung mit Gewalt voraus. Stellen aber im Fall des Aufruhrs nur die in § 113 Abs. 1 aufgeführten Formen des Widerstandes eine strafbare Mißachtung der Autorität der Staatsgewalt dar, so darf für § 122 Abs. 1 nichts Abweichendes gelten. Das Schutzobjekt des § 122 Abs. 1 unterscheidet sich von dem des § 115 Abs. 1 nur dadurch, daß hier nicht die Staatsgewalt allgemein, sondern speziell die Anstaltsgewalt geschützt ist.

Mit dieser Feststellung sind die Schwierigkeiten der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals aber nicht behoben; denn eine einheitliche Definition des Ge-

1) OLG Celle GA I Bd. 52, 431, 432; FRANK Anm. 2 b zu § 122; KOHLRAUSCH-LANGE Anm. III zu § 122; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 5 zu § 122; SCHWARZ-DREHER Anm. 3 A zu § 122; WERNER LK Anm. IV zu § 122; BINDING BT II 2 S. 593/94; MEZGER-BLEI BT S. 274; M.E. MAYER Gefangenenbefreiung S. 17/18; LACHENMAYER S. 127

2) FRANK a.a.O.; BINDING a.a.O.; LACHENMAYER a.a.O.

3) Siehe dazu oben S. 21

4) So richtig M.E. MAYER Gefangenenbefreiung S. 17

waltbegriffs ¹⁾ fehlt bis heute ²⁾. Als geklärt kann man jedoch ansehen, daß die vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung ³⁾ und früher überwiegend vom Schrifttum ⁴⁾ vertretene Auffassung, Gewalt sei Anwendung körperlicher Kraft zur Überwindung eines tatsächlich geleisteten oder erwarteten Widerstandes, nicht aufrechtzuerhalten ist. Wie BLEI ⁵⁾ überzeugend dargelegt hat, engt die vom "Primitiven, rein "Dynamischen" ausgehende Definition des Reichsgerichts den Gewaltbegriff unnötig ein, da die Anwendung körperlicher Kraft kein Wesensmerkmal der strafrechtlichen Gewalt ist. Auf dieser Erkenntnis aufbauend kommt BLEI ⁶⁾ zu dem Ergebnis, unter Gewalt sei jede Einwirkung auf den Körper eines Anderen zu verstehen, die bestimmt und geeignet ist, die Freiheit der Willensbildung oder Willensbetätigung aufzuheben oder zu beeinträchtigen.

Bleis Ansicht verdient uneingeschränkt Zustimmung ⁷⁾. Sie wird dem Be-

- 1) Gemeint ist hier nur Gewalt gegen Personen, da sich die Meuterei des § 122 Abs. 1 nur gegen Personen richtet.
- 2) Vergl. die Zusammenstellung der einzelnen Ansichten bei Knodel S. 25 ff. Selbstverständlich können im Rahmen dieser Arbeit keine eingehenden Ausführungen zu der für das gesamte Strafrecht bedeutsamen Frage gemacht werden. Es muß deshalb insoweit auf die einschlägige Literatur, insbesondere auf den grundlegenden Aufsatz von BLEI NJW 1954, 538 und die sehr gründliche Dissertation von KNODEL verwiesen werden.
- 3) RGSt 2, 184, 46, 403; 56, 87; 58, 99; 64, 115; 73, 344; 77, 81
- 4) FRANK Anm. I 1 zu § 52; OLSHAUSEN Anm. II 4 a zu § 240; GERLAND S. 512; v. HIPPEL S. 205 Anm. 5; v. LISZT-SCHMIDT S. 521; MEYER-ALLFELD S. 383; WANJECK GA 27, 196. Die Definition des Reichsgerichts wird heute noch verwandt von KOHLRAUSCH-LANGE Anm. II zu § 52; SCHWARZ-DREHER Anm. 1 A a zu § 240; BAUMANN AT S. 416. Auch die Rechtsprechung bedient sich ihrer noch häufig, z.B. BGHSt 1, 145; 16, 341; Bay ObLG NJW 1959, 495; OLG Celle NJW 1959, 1597. Die mit dieser Definition verbundene Beschränkung auf Maßnahmen, die eine körperliche Kraftanstrengung voraussetzen, ist aber aufgegeben worden, wie BGHSt 1, 145 deutlich zeigt, nach dem das gewaltlose Beibringen von Narkotika gegen den Willen des Betroffenen Gewalt darstellt.
- 5) NJW 1954, 538 ff.
- 6) a.a.O.
- 7) Ihr haben sich im wesentlichen angeschlossen JAGUSCH LK Anm. 3 a zu § 52; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 6 ff. vor § 234; MAURACH BT S. 108; WELZEL Lb S. 288. Von dem Erfordernis körperlicher Kraftentfaltung sieht auch KNODEL S. 59 ff. ab. Er unterscheidet sich von BLEI dadurch, daß er eine körperliche Einwirkung nicht für notwendig hält. Dem kann nicht zugestimmt wer-

dürfnis nach einer Erweiterung des Gewaltbegriffs gerecht, ¹⁾ ohne dabei die Grenzen zwischen Gewalt und Drohung zu verwischen. Die Möglichkeit der Unterscheidung wird durch die für den Gewaltbegriff geforderte Voraussetzung der körperlichen Einwirkung gewährleistet; denn charakteristisch für die Drohung ist die Einwirkung auf die Psyche eines Anderen.

Die nähere Kennzeichnung des Merkmals "Widerstand durch Drohung mit Gewalt" bereitet nach der Klärung des Gewaltbegriffs keine Probleme. Drohung bedeutet das in Aussichtstellen eines Übels ²⁾, Drohung mit Gewalt demnach die Ankündigung bevorstehender Gewaltanwendung. Weder braucht die Drohung ernstgemeint zu sein, sofern sie der Betroffene für ernst hielt oder halten sollte, ³⁾, noch ist von Bedeutung, ob die Drohung ausdrücklich oder konkludent, z.B. durch Aufheben eines Steines geäußert wurde ⁴⁾.

3. Die Nötigung

Während für das Tatbestandsmerkmal "angreifen", die allgemeine Meinung, für den Begriff "Widerstandleisten" die ganz herrschende Ansicht den sehr weit gefaßten Tatbestand des § 122 Abs. 1 unter Bezugnahme auf § 113 Abs. 1 begrenzt, wird für das Unternehmen der Nötigung eine Beschränkung der Nötigungsmittel überwiegend abgelehnt ⁵⁾.

Das Reichsgericht verweist zur Begründung dieser Auffassung auf die unterschiedliche Fassung der einzelnen Nötigungsvorschriften. Da das Gesetz bei der

Fortsetzung der Fußnote 7 von Seite 29:

den, weil dann die Abgrenzung zwischen Gewalt und Drohung nicht mehr klar durchzuführen ist.

- 1) Daß hierfür ein Bedürfnis vorhanden war, bewiesen u.a. eindeutig die Fälle gewaltloser Beibringung von Narkotika gegen den Willen der Betroffenen. Von dem herkömmlichen Gewaltbegriff des Reichsgerichts werden sie nicht erfaßt. Dennoch kann kein Zweifel darüber bestehen, daß diese Fälle als Gewaltanwendung angesehen werden müssen.
- 2) Vergl. statt aller SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 20 vor § 234
- 3) Unbestritten, vergl. z.B. RGSt 2, 286 BayObLG NJW 1963, 824
- 4) RGSt 58, 76; BGHSt NJW 1951, 160; DALCKE-SCHÄFER, Anm. 5 zu § 122; KOHLRAUSCH-LANGE Anm. IV zu § 122; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 5 zu § 122; SCHWARZ-DREHER Anm. 3 B zu § 122; WERNER LK Anm. IV zu § 122; MAURACH BT S. 618; JOHN HH Bd. 3 143

Festlegung der Zwangsmittel nicht einheitlich verfahren sei 1), ergebe sich daraus mit völliger Klarheit, daß der Gesetzgeber je nach dem Grad der Gefährlichkeit der Tat und des Schutzbedürfnisses des Bedrohten einmal durch die Aufstellung bestimmter Nötigungsmittel den Anwendungsbereich der betreffenden Norm einschränken, im anderen Fall durch das Fortlassen derartiger Kennzeichnung die Möglichkeit ausgedehnter Anwendung habe eröffnen wollen. Für § 122 Abs. 1 liege die Notwendigkeit, die freie Willensentschließung der geschützten Personen in nachdrücklichstem Maße zu sichern, auf der Hand. Dieses Ziel werde, so führt das Reichsgericht weiter aus, nicht erreicht, wenn nur Nötigungen mit Gewalt oder mit Drohung bestraft würden. Allein die Tatsache der Arbeitsverweigerung - darum handelt es sich in dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall - 2) sei, zumal bei Außenarbeiten, geeignet, das Ansehen und die Wirksamkeit des Strafvollzugs in erheblichem Umfang zu beeinträchtigen. Wortlaut sowie Sinn und Zweck des § 122 Abs. 1 geböten somit, jede Nötigung für die Verwirklichung des Tatbestandes genügen zu lassen.

Der herrschenden Meinung kann nicht beigespflichtet werden, vielmehr ist mit BLEI 3) und WELZEL 4) eine Beschränkung auf die in § 114 genannten Zwangsmittel zu bejahen.

Gestattet die unterschiedliche Fassung der Nötigungsvorschriften keine Angleichung an § 114, wie das Reichsgericht annimmt, dann dürften auch die Begriffe "angreifen" und "Widerstand leisten" nicht im Hinblick auf § 113 einschränkend ausgelegt werden. Erforderte weiter die ratio legis des § 122 Abs. 1, jede Nötigung unter Strafe zu stellen, so müßte § 122 Abs. 1 auch "wörtliche" Angriffe und Widerstand, der ohne Gewalt oder Drohung mit Gewalt verübt wurde, erfassen; denn "das Ansehen und die Wirksamkeit des Strafvollzuges" werden hierdurch in nicht geringerem Maße gefährdet als durch eine bloße Nötigung. Da aber für beide Merkmale zu Recht Handlungen von einiger Intensität gefordert werden, darf für das Unternehmen der Nötigung nichts Abweichendes gelten. Anderenfalls

1) § 176 spricht z.B. von Nötigung mit Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, § 240 von Nötigung mit Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel, § 114 von Nötigung mit Gewalt oder Drohung, § 105 ebenso wie § 122 Abs. 1 lediglich von Nötigung.

2) Darum ging es auch in der Entscheidung des Bundesgerichtshofes a. a. O.

3) MEZGER-BLEI BT S. 274

4) Lb. S. 458; ebenso schon früher BINDING BT Bd. 2 594; M.E. MAYER Gefangenenerbefreiung; HOFMANN S. 95; OPPENHOFF Anm. 10 zu § 122 und das OLG Celle GA Bd. 52, 431, 432, die beide ihre Ansicht damit begründen, ohne Gewalt oder Drohung sei eine Nötigung nicht denkbar. Daß dies nicht zutrifft, beweist eindeutig der vom Reichsgericht (RGSt 58, 76) entschiedene Fall.

wären unbillige Ergebnisse die Folge, So blieben Gefangene, die das Aufsichtspersonal beleidigen, ohne damit irgendwelche Ziele erreichen zu wollen, nach § 122 Abs. 1 straflos, während Gefangene, die sich in der gleichen Form gegen einen Wärter wenden, um ihn zur Vornahme einer bestimmten Handlung zu bewegen, aus § 122 Abs. 1 bestraft werden müßten.

Außerdem treffen die Gesichtspunkte, auf denen die einschränkende Auslegung der beiden anderen Alternativen des § 122 Abs. 1 beruht, auch für die Nötigung zu. Der mit § 122 Abs. 1 weitgehend übereinstimmende § 115 Abs. 1 läßt durch die Verweisung auf § 114 erkennen, daß eine strafwürdige Gefährdung der Autorität der Staatsgewalt eine Nötigung mit Gewalt oder mit einer Drohung voraussetzt. Im Rahmen des § 122 Abs. 1 hiervon abzusehen, besteht kein Anlaß; denn eine Nötigung ohne Gewalt oder Drohung, z.B. mehrere in einer Zelle untergebrachte Gefangene verweigern die Nahrungsaufnahme, um den Aufseher zu zwingen, ihnen bei der Flucht behilflich zu sein, stellt keine Gefährdung der Anstaltsordnung dar, die eine Strafe von Gefängnis nicht unter 6 Monaten rechtfertigte. Disziplinarische Maßnahmen erscheinen in derartigen Fällen völlig ausreichend.

Eine geeignete Meutereihandlung ist demnach neben der Nötigung lediglich eine Nötigung mittels einer Drohung; die Anwendung von Gewalt braucht dabei nicht in Aussicht gestellt zu sein, es genügt aber andererseits auch nicht jede Ankündigung eines Übels. Denn obwohl nach dem Wortlaut des § 114 Abs. 1 schlecht-hin jede Drohung unter den Tatbestand fällt, kann doch als geklärt angesehen werden, daß § 114 einer einengenden Auslegung bedarf ¹⁾.

Auch die Meinungsverschiedenheiten darüber, in welcher Form die Einschränkung vorzunehmen ist, sind eher terminologischer als sachlicher Art.

Die eine Ansicht ²⁾ sieht zwar als tatbestandsmäßige Drohung jede Ankündigung eines Übels an, versteht aber unter "Übel" lediglich eine Einbuße an Rechtsgütern oder eine Beeinträchtigung rechtlicher Interessen. Darüber hinaus hält sie das Inaussichtstellen verkehrsmäßiger Übel, z.B. die Androhung einer Dienstaufsichtsbeschwerde, für rechtmäßig. Demgegenüber verdient die vom Gesetz ausgehende Lösung SCHRÖDERS ³⁾ und BLEIS ⁴⁾ den Vorzug, die die in § 240

1) FRANK Anm. III 2 zu § 114; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 10 zu § 114; SCHWARZ-DREHER Anm. 2 B zu § 114; BINDING BT 2 S. 754 Anm. 2; MAURACH BT S. 589; MEZGER-BLEI BT S. 264; WELZEL Lb. S. 451

2) RGSt 39, 268; 56, 46; WERNER LK II 1 b zu § 114; WELZEL Lb. S. 451

3) SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 10 zu § 114

4) MEZGER-BLEI BT S. 264

Abs. 1 und 2 aufgestellten Voraussetzungen für das Vorliegen einer Drohung auf § 114 übertragen; denn diese Voraussetzungen stellen einen Ausdruck des allgemeinen Begriffs der Drohung im Strafrecht dar.

Drohung im Sinne des § 114 und damit des § 122 Abs. 1 bedeutet demnach nur "die Ankündigung eines empfindlichen Übels, wenn es gegen das allgemeine Rechtsempfinden verstößt, zu dem verfolgten Zweck das Übel anzudrohen".

4. Die Abgrenzung der Begehungsformen des § 122 Abs. 1

Keine Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung des tätlichen Angriffs von dem Widerstand und der Nötigung. Sind auch häufig nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vorgehens alle drei Alternativen erfüllt, so unterscheidet sich der tätliche Angriff von den beiden übrigen Ausführungshandlungen des § 122 Abs. 1 durch die innere Einstellung der Meuterer. Der Angriff erschöpft sich in der körperlichen Einwirkung auf den Betroffenen ¹⁾. Darüber hinausgehende Ziele verfolgen die Gefangenen mit ihm nicht. Er bezweckt weder die Vereitelung oder Erschwerung einer erlassenen Anordnung, noch soll der Angegriffene zu einem Tun oder Unterlassen gezwungen werden. Im Gegensatz zum Angriff dienen Widerstand und Nötigung der Durchsetzung bestimmter Absichten. Sie sind nicht Selbstzweck, sondern sollen konkrete Vorstellungen der Gefangenen verwirklichen helfen.

Für die Abgrenzung der Begriffe Widerstand und Nötigung liegt es nahe, die Unterscheidung danach zu treffen, daß Widerstand leiste, wer sich einer Anordnung widersetzt, und daß einen anderen nötige, wer sich gegen ihn wendet, um ihn zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen. Wie häufig sich aber beide Begriffe überschneiden, wird klar, wenn man berücksichtigt, daß Gefangene, die sich gegen einen Befehl durch Gewalt gegenüber den Aufsichtsbeamten auflehnen, damit grundsätzlich ein Abstandnehmen von der Vollziehung der Anordnung erreichen wollen, also gleichzeitig eine Nötigung begehen ²⁾. Welche

- 1) Das wird nicht immer klar genug herausgestellt; so heißt es beispielsweise bei SCHÖNKE-SCHRÖDER, Rdnr. 12 zu § 113, die Absicht, eine Vollstreckungsmaßnahme zu vereiteln, sei für den Angriff nicht erforderlich. Das deutet darauf hin, als hielten SCHÖNKE-SCHRÖDER eine derartige Absicht zwar nicht für begriffsnotwendig, meinten aber, ihr Vorhandensein hindere die Annahme eines tätlichen Angriffs nicht. Richtig dagegen WERNER LK Anm. IV 1 zu § 113
- 2) Wie wenig Klarheit über die Abgrenzung beider Begehungsformen herrscht, zeigt deutlich eine Entscheidung des OLG Celle, GA Bd. 52, 431. Sie sucht

Alternative des § 122 Abs. 1 in diesen Fällen in Betracht kommt, ist deshalb von Bedeutung, weil Widerstand Gewalt oder Drohung mit Gewalt verlangt, die Nötigung dagegen eine Drohung mit Gewalt nicht voraussetzt.

Als Lösung bieten sich die für die §§ 113 und 114 herausgearbeiteten Kriterien an, zumal sie auch für § 115 gelten. Danach könnte Widerstand lediglich gegen Maßnahmen, deren Durchführung schon begonnen hat und noch nicht abgeschlossen ist, geleistet werden. Nötigung läge vor, wenn ein zukünftiges Verhalten des Aufsichtspersonals erstrebt wird ¹⁾.

Eine Abgrenzung nach diesen Gesichtspunkten scheidet im Rahmen des § 122 Abs. 1 jedoch aus. Im Gegensatz zu den §§ 113 und 114 kann hier nicht zwischen gegenwärtigen, noch nicht abgeschlossenen und bevorstehenden Amtshandlungen unterschieden werden. Die Pflicht des Haftpersonals, die Gefangenen zu beaufsichtigen, besteht ohne Unterbrechung. Die notwendige Zäsur läßt sich auch nicht dadurch erreichen, daß man auf die einzelnen Anordnungen innerhalb des Strafvollzugs abstellt; denn aus ihnen setzt sich die Tätigkeit des Haftpersonals zusammen, sie sind Ausfluß der Aufsichtspflicht und dürfen deshalb ebensowenig losgelöst voneinander betrachtet werden wie die einzelnen Phasen eines Vollstreckungsaktes.

Auch die Überlegung, Widerstand sei gegenüber der Nötigung der engere Begriff und habe folglich nach dem Grundsatz, daß die spezielle Regelung die allgemeine verdrängt, im Falle einer Kollision den Vorrang, führt zu keiner sinnvollen Lösung. Da Widerstand Drohung mit Gewalt erfordert, könnten bei dieser Abgrenzung Gefangene nicht aus § 122 Abs. 1 bestraft werden, die eine bestimmte Maßnahme, z.B. die Vorführung zum Gefängnisarzt, durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu vereiteln suchen. Dagegen wäre § 122 Abs. 1 erfüllt, wenn die Drohung bezweckte, den Aufseher dazu zu bewegen, ihnen nicht vorgesehene Vergünstigungen, etwa im Form von Alkohol oder Zigaretten, zu gewähren. Ein Grund für eine unterschiedliche Behandlung dieser Fälle läßt sich nicht finden. Die Anstaltsordnung wird hier in gleichem Umfange beeinträchtigt.

Fortsetzung der Fußnote 2 von Seite 33:

überhaupt nicht nach Unterscheidungskriterien, sondern verwendet beide Begriffe nebeneinander.

- 1) Nach diesen Gesichtspunkten grenzt die ganz überwiegende Meinung zwischen §§ 113 und 114 ab. RGSt 20, 35; 31, 3; RGSt JW 1938, 2195; BGHSt NJW 1953, 672; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 17 zu § 114; WERNER LK Anm. V 1 zu § 114; MAURACH BT S. 590; WELZEL Lb. S. 451/451; WACHENFELD S. 558

Die einzige Möglichkeit einer Abgrenzung besteht darin, eine tatbestandsmäßige Widerstandshandlung nur in den Fällen anzunehmen, in denen die Vollziehung einer Anordnung lediglich erschwert aber nicht vereitelt werden soll, somit die Voraussetzungen einer Nötigung nicht vorliegen, weil die Gefangenen den Aufseher nicht zur Vornahme oder zum Unterlassen einer Amtshandlung zwingen wollen. Zweifellos dürften Sachverhalte dieser Art praktisch kaum vorkommen, denkbar sind sie aber immerhin. Hier erscheint es gerechtfertigt, nur Widerstand mit Gewalt oder Drohung mit Gewalt ausreichen zu lassen; denn der Angriff auf die Anstaltsordnung erscheint weniger intensiv, wenn sich die Gefangenen den Maßnahmen des Haftpersonals letztlich nicht widersetzen wollen.

5. Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung

Wenn auch § 122 Abs. 1 im Gegensatz zu § 113 Abs. 1 seinem Wortlaut nach die Anwendung nicht von der rechtmäßigen Amtsausübung des Haftpersonals abhängig macht, so kann dennoch kein Zweifel bestehen, daß die Auflehnung gegen rechtswidrige Maßnahmen der Aufsichtsbeamten eine Bestrafung der Gefangenen aus § 122 Abs. 1 nicht nach sich zieht ¹⁾. "Die Staatsgewalt ist nur innerhalb der Grenzen, die sie sich selbst gesetzt hat, legitimiert, vom Bürger Gehorsam zu fordern." ²⁾.

Unklarheit herrscht allerdings darüber, welche Bedeutung der Rechtmäßigkeit der Amtshandlung im Verbrechensaufbau zukommt und wie die irrige Annahme der Gefangenen hierüber zu beurteilen ist.

Während OLSHAUSEN ³⁾ und HOFMANN ⁴⁾ der Auffassung sind, gegenüber dem unrechtmäßigen Verhalten eines Anstaltsbeamten könne von einer Zusammenrottung nicht gesprochen werden, evtl. kämen auch die Grundsätze der Notwehr zur Geltung, stellen BINDING ⁵⁾ und M.E. MAYER ⁶⁾ allein auf das Notwehrrecht ab, sehen also das Vorgehen der Gefangenen als tatbestandsmäßig an. Übereinstimmend stehen die genannten Autoren auf dem Standpunkt, daß Gefan-

1) OLSHAUSEN Anm. 5 a zu § 122; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 5 zu § 122; SCHWARTZ Anm. 4 zu § 122; WERNER LK Anm. IV zu § 122; BINDING BT 2 S. 593; M.E. MAYER Gefangenenbefreiung S. 18; HOFMANN S. 94; a. A. wohl JOHN HH Bd. 3, 143

2) M.E. MAYER VDB Bd. 1, S. 443; ähnlich BINDING Handbuch S. 741

3) Anm. 5 a zu § 122

4) S. 94

5) BT 2 S. 593

6) Gefangenenbefreiung S. 18

gene, die fälschlicherweise die Amtsausübung für rechtswidrig halten, sich im Tatbestandsirrtum befinden und daher wegen fehlenden Vorsatzes aus § 122 Abs. 1 nicht zur Verantwortung gezogen werden können.

Dagegen sehen SCHRÖDER ¹⁾ und WERNER ²⁾ in der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung eine objektive Bedingung der Strafbarkeit. Eine Bestrafung aus § 122 kommt demnach für Schröder und Werner nur in den Fällen nicht in Betracht, in denen die Amtshandlung tatsächlich rechtswidrig war. Die irrige Annahme der Gefangenen, das Vorgehen des Aufsichtspersonals sei rechtswidrig, schließt die Anwendung des § 122 nicht aus.

Das Problem der objektiven Strafbarkeitsbedingungen ist bis heute nicht geklärt. Es ist im Gegenteil diese Rechtsfigur gerade in neuerer Zeit Gegenstand heftiger Kritik gewesen. ³⁾ Übereinstimmung herrscht lediglich darüber, daß es sich bei den objektiven Strafbarkeitsbedingungen um Umstände handeln muß, die nicht zum Unrecht der Tat gehören ⁴⁾; denn nach dem Schuldprinzip müssen alle Merkmale des Unrechtstatbestandes von der Schuld des Täters umfaßt sein. Da aber die objektiven Strafbarkeitsbedingungen gerade solche Umstände sind, auf die sich die Schuld nicht zu erstrecken braucht, können sie für das Unrecht der Tat keinerlei Bedeutung haben.

Meinungsverschiedenheiten bestehen darüber, ob eine Rechtsfigur, die weder zu den Tatbestandsmerkmalen noch zu den Prozeßvoraussetzungen gehört, anzuerkennen ist. Insbesondere BEMMANN ⁵⁾ hat eingewandt, in allen Fällen, in denen Rechtsprechung oder Schrifttum objektive Strafbarkeitsbedingungen annehmen, handele es sich in Wirklichkeit entweder um Tatbestandsmerkmale oder Prozeßvoraussetzungen. Objektive Strafbarkeitsbedingungen, die materielle Voraussetzung der Strafbarkeit seien, gäbe es in Wirklichkeit nicht.

Gegen die Auffassung Bemmans hat vor allem STRATENWERTH ⁶⁾ zutreffend vorgebracht, sie gehe zu Unrecht davon aus, daß stets allein das schuldhafte Verhalten des Täters eine hinreichende Bedingung für die Entstehung des staatlichen Strafanspruchs sei. Es sei ohne weiteres denkbar, daß das schuldhafte Verhalten des Täters lediglich die Strafwürdigkeit begründe, ein Strafbedürfnis jedoch nur bei Vorliegen zusätzlicher objektiver Merkmale bestehe. Geht man von

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 5 zu § 122

2) LK Anm. IV zu § 122

3) ARTHUR KAUFMANN S. 247 ff; BEMMANN S. 52 ff.

4) BEMMANN S. 22

5) S. 52

6) ZStW Bd. 71, 567/568

dieser Überlegung aus, so erledigt sich auch der Einwand, ein Wesensunterschied zwischen objektiven Strafbarkeitsbedingungen und Prozeßvoraussetzungen sei nicht vorhanden. Das Fehlen einer objektiven Strafbarkeitsbedingung läßt den Strafanspruch entfallen; das Fehlen einer Prozeßvoraussetzung dagegen hemmt nur die Durchsetzung eines an sich bestehenden Strafanspruchs. ¹⁾

Die Unterscheidung in Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit stellt deshalb den Ansatzpunkt für die Beantwortung der Frage dar, welche Merkmale als objektive Strafbarkeitsbedingungen aufzufassen sind. Es bedarf bei jedem einzelnen Tatbestand, in dem ein Merkmal enthalten ist, das die Annahme einer objektiven Strafbarkeitsbedingung nahelegt, einer Untersuchung, ob allein das Verhalten des Täters, das von der Schuld umfaßt wird, strafwürdig ist, ein Strafbedürfnis des Staates dagegen erst bei Vorliegen der als objektive Strafbarkeitsbedingung gekennzeichneten Merkmale gegeben ist. ²⁾

Im Fall des § 122 Abs. 1 müßte demnach das Unrecht der Tat in der Zusammenrottung und in den mit vereinten Kräften begangenen Feindseligkeiten gegenüber dem Haftpersonal bestehen.

Für den dem § 122 z. T. ähnlich gelagerten Fall des § 113 wird verschiedentlich angenommen, das Strafwürdige der Tat allein in der Widerstandshandlung zu sehen, mag die Amtshandlung rechtmäßig sein oder nicht, sei "mit rechtsstaatlichem Denken ganz unvereinbar." ³⁾ In einer derartigen Auffassung feiere "der autoritäre Polizeistaat seine Auferstehung". ⁴⁾

Daß die Annahme, die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung stelle eine objektive Strafbarkeitsbedingung dar, eine "gewisse Konzession an den Autoritätsstaat" ⁵⁾ bedeutet, kann nicht geleugnet werden. Diese Konzession ist aber worauf insbesondere MAURACH ⁶⁾ und BLEI ⁷⁾ hinweisen, aus kriminalpolitischen Gründen unentbehrlich. Das wird im Fall des § 122 besonders deutlich. Der strafrechtliche Schutz des Haftpersonals wäre weitgehend lahmgelegt, wenn selbst "der frivolste Irrtum" ⁸⁾ der Gefangenen über die Rechtmäßigkeit der Amtsaus-

1) STREE JuS 1965, 467

2) SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 103 vor § 51; SCHMIDHÄUSER ZStW Bd. 71, 561; STRATENWERTH ZStW Bd. 71, 567

3) BEMMANN S. 33; ARTHUR KAUFMANN S. 254

4) BEMMANN a. a. O.

5) MAURACH BT S. 597

6) BT S. 597

7) MEZGER-BLEI BT S. 296

8) MEZGER-BLEI a. a. O.

übung zum Vorsatzausschluß und damit zur Straflosigkeit in den Fällen führen würde, in denen den Meuterern nicht mit Sicherheit widerlegt werden könnte, sie hätten die Amtshandlung für rechtswidrig gehalten. Ein wirksamer Schutz wird nur erreicht, wenn das Risiko des Widerstandes auf die Gefangenen verlagert wird. Leisten sie Widerstand, wenn sie der Meinung sind, ihnen geschehe Unrecht, und war ihre Meinung zutreffend, so sind sie nicht nur straffrei, sondern nach § 53 gerechtfertigt. War ihre Meinung irrig, so ist dieser Irrtum ohne Einfluß auf ihre Strafbarkeit.

III. DIE ABGRENZUNG ZWISCHEN § 122 ABS. 1 UND 2

Der Gesetzeswortlaut der beiden ersten Absätze des § 122 scheint eine klare Abgrenzung des § 122 Abs. 1 von § 122 Abs. 2 zu ermöglichen. § 122 Abs. 2 spricht von einem gewaltsamen Ausbruch, erfaßt also offenbar alle Taten, die mit Befreiungsabsicht begangen worden sind, § 122 Abs. 1 setzt ein Fluchtvorhaben der Gefangenen nicht voraus, betrifft demnach anscheinend nur die Fälle, bei denen die Gefangenen eine Auflehnung gegen die Freiheitsentziehung nicht geplant haben.

Dennoch ist der Anwendungsbereich beider Tatbestände keineswegs unbestritten. Die sogar bei weitem überwiegende Meinung nimmt die Trennung zwischen § 122 Abs. 1 und 2 nicht subjektiv nach dem Ausbruchszweck, sondern objektiv nach dem Gegenstand des Angriffs vor ¹⁾. Sie beschränkt § 122 Abs. 2 auf Gewalt gegen Sachen und erachtet bei einem Vorgehen gegen das Haftpersonal stets § 122 Abs. 1 für gegeben. Dieser Ansicht hatte offenbar zunächst auch der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs ²⁾ in einer Entscheidung zugeneigt, in der er als geschütztes Rechtsgut des § 122 Abs. 2 die Unversehrtheit der sachlichen Verwahrungsvorrichtungen ansah. Da dieses Schutzobjekt nur durch ein Ausbruchsunternehmen mittels Gewalt gegen Sachen beeinträchtigt wird, könnte folgerichtig bei einem Ausbruchsunternehmen mittels Gewalt gegen Personen § 122 Abs. 2 nicht angewandt werden.

In einer späteren Entscheidung hat der 5. Strafsenat ³⁾ jedoch ausdrücklich

1) OLSHAUSEN Anm. 7 zu § 122; OPPENHOFF Anm. 11 zu § 122; FRANK Anm. I 2 d zu § 122; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 6 zu § 122; SCHWARZ-DREHER Anm. 4 zu § 122; WERNER LK Anm. V zu § 122; MAURACH BT S. 618; WELZEL LB S. 458; KNODEL S. 170; M.E. MAYER Gefangenenbefreiung S. 17

2) BGHSt 15, 198 (200)

3) BGHSt 16, 34; ebenso KOHLRAUSCH-LANGE Anm. IV zu § 122; wohl auch RGSt 55, 67

die Ansicht vertreten, § 122 Abs. 2 beziehe sich auf alle Fluchtvorhaben, gleichgültig, ob die Gefangenen Gewalt gegen die Abschlußvorrichtungen oder die Anstaltsbeamten bzw. die mit der Beaufsichtigung beauftragten Personen verübt haben. Allein diese Auffassung werde dem Sinn und Zweck des § 122 Abs. 2 gerecht; denn ratio legis dieser Vorschrift sei, Gewalthandlungen jeder Art zu bestrafen, durch die die Verwahrung der Gefangenen aufgehoben oder gefährdet werde. Auch beweise die Stellung des § 122 Abs. 2, daß er nicht nur bei Gewalt gegen Sachen eingreife, da § 122 Abs. 3, der Gewalttätigkeiten gegen Personen verlange, anderenfalls für § 122 Abs. 2 jede Bedeutung verlöre.

Gegen die Annahme, daß § 122 Abs. 2 auch Fluchtvorhaben mittels Gewalt gegen Personen erfaßt, spricht nicht, wie OLSHAUSEN ¹⁾ annimmt, die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. § 96 Pr. StGB verwendet ebenso wie § 122 Abs. 2 das Merkmal "gewaltsamer Ausbruch", ohne zwischen Gewalt gegen Personen und Gewalt gegen Sachen zu unterscheiden. Wenn es dagegen in § 5 des Gesetzes betreffend die Beschäftigung der Strafgefangenen außerhalb der Anstalt vom 11. April 1854 heißt: "Wenn Gefangene, die außerhalb der Anstalt beschäftigt sind, sich zusammenrotten und entweder entfliehen oder zu entfliehen versuchen ...", so kann daraus nicht der Schluß gezogen werden, der Gesetzgeber habe hier gegenüber § 96 Pr. StGB deshalb eine andere Fassung gewählt, weil unter "Ausbruch" nur Gewaltanwendung gegen Sachen zu verstehen sei. Der Grund für die abweichende Fassung dürfte vielmehr darin zu sehen sein, daß durch § 5 jeder Fluchtversuch, auch derjenige, bei dem keine Gewalt verübt wurde, erfaßt werden sollte.

Mit Sinn und Zweck des § 122 Abs. 2 ist die Frage nach dem Anwendungsbereich dieses Tatbestandes ebenfalls nicht zu beantworten. § 122 Abs. 2 schützt nicht den Fortbestand des staatlichen Haftrechts, sondern stellt ebenso wie § 122 Abs. 1 Auflehnungen gegen die Anstaltsgewalt unter Strafe. Die ratio legis berechtigt deshalb nicht zu der Annahme, in den Fällen des Ausbruchs mittels Gewalt gegen Personen § 122 Abs. 1 für unanwendbar zu halten und statt dessen § 122 Abs. 2 für erfüllt anzusehen.

Für eine derartige Annahme bietet auch der Gesetzeswortlaut kein überzeugendes Argument. § 122 Abs. 1 kann ohne weiteres dahin verstanden werden, daß er jedes Vorgehen gegen das Haftpersonal mit Strafe bedroht, § 122 Abs. 2 dagegen bestimmte, von § 122 Abs. 1 nicht erfaßte Fälle eines gewaltsamen Ausbruchs bestrafen will.

1) Anm. 7 zu § 122

Daß eine Abgrenzung nach dem Angriffsobjekt zu dem Ergebnis führt, der Strafschärfung des § 122 Abs. 3 für § 122 Abs. 2 jede Bedeutung zu nehmen, spricht für die vom Bundesgerichtshof¹⁾ vertretene Lösung. Der Stellung einer Vorschrift ist aber im Auslegungsverfahren lediglich die Wirkung eines Indizes beizumessen²⁾. Entscheidend kommt es für die Unterscheidung zwischen § 122 Abs. 1 und 2 darauf an, ob die vom Bundesgerichtshof vorgeschlagene Abgrenzung nach subjektiven Gesichtspunkten in allen Fällen konsequent durchzuführen ist. Das trifft, wie folgendes Beispiel zeigt, nicht zu: Gefangene zwingen einen Wärter durch Nötigung mittels einer Drohung, ihnen zur Flucht zu verhelfen.

Wegen fehlender Gewaltanwendung können die Meuterer nicht aus § 122 Abs. 2 bestraft werden, obwohl ihr Vorhaben der Befreiung diene. Das beweist, daß der Befreiungszweck die Anwendbarkeit des § 122 Abs. 1 nicht auszuschließen vermag; denn andernfalls käme im vorliegenden Fall trotz Erfüllung sämtlicher Tatbestandsmerkmale eine Bestrafung aus dieser Vorschrift nicht in Betracht.

Auch die von BLEI³⁾ angedeutete Lösung, nach der § 122 Abs. 2 einen Auffangtatbestand für alle Ausbruchsfälle darstellt, die nicht unter § 122 Abs. 1 zu subsumieren sind⁴⁾, erscheint nicht zutreffend⁵⁾. Gegen sie spricht der Sinn und Zweck dieser Bestimmung. § 122 Abs. 2 soll nicht den Fortbestand des staatlichen Haftrechts sichern, sondern stellt Auflehnungen gegen die Anstaltsgewalt unter Strafe. Nur diejenige gewaltsame Befreiung kann deshalb nach § 122 Abs. 2 bestraft werden, in der eine Auflehnung gegen die Anstaltsgewalt zum Ausdruck kommt. Das aber können lediglich die Fluchtversuche sein, bei denen die Gefangenen gegen die sachlichen Abschlußvorrichtungen und damit gegen eine Erscheinungsform staatlicher Hoheitsgewalt vorgehen. Angriffe gegen Personen, die sich zufällig in der Anstalt aufhalten und mit der Beaufsichtigung der Gefangenen nicht beauftragt sind, z.B. Besucher oder mit Ausbesserungsarbeiten beschäftigte Arbeiter, beeinträchtigen das geschützte Rechtsgut nicht. Wenden Gefangene gegen diese Personen Gewalt an, weil sie von ihnen an dem Ausbruch gehindert werden, so kommt lediglich eine Bestrafung nach den allgemeinen

1) BGHSt 16, 34

2) MAURACH AT S. 85

3) MEZGER-BLEI BT S. 274

4) Von § 122 Abs. 2 würden demnach einmal die Fälle erfaßt werden, bei denen die Gefangenen Gewalt gegenüber den Verwahrungsvorrichtungen, zum anderen aber auch diejenigen Fälle erfaßt werden, bei denen sie gegen andere als die im § 122 Abs. 1 genannten Personen Gewalt anwenden.

5) Dagegen auch KNODEL S. 170

Vorschriften, etwa §§ 223 ff., 240 in Betracht 1).

Die Abgrenzung zwischen § 122 Abs. 1 und 2 muß daher mit der überwiegenden Meinung nach dem Angriffsobjekt - § 122 Abs. 1 stellt das Vorgehen gegen das Haftpersonal, § 122 Abs. 2 Gewalt gegen die sachlichen Verwahrungsvorrichtungen unter Strafe - vorgenommen werden.

IV. DER GEWALTSAME AUSBRUCH IM SINNE DES § 122 ABS. 2

Da der Anwendungsbereich des § 122 Abs. 2 nach der hier vertretenen Auffassung auf Gewalt gegen Sachen beschränkt ist, setzt § 122 Abs. 2 eine gewaltsame Beseitigung der Verwahrungsvorrichtungen zum Zweck des Ausbruchs voraus 2). Der oben dargestellte Gewaltbegriff, der sich lediglich auf Gewalt gegen Personen bezieht, kann deshalb bei der Frage, wann ein gewaltsamer Ausbruch anzunehmen ist, nicht zugrundegelegt werden. Es muß vielmehr von der Bedeutung, den das Wort "gewaltsam" in der Umgangssprache hat, ausgegangen werden 3). Ein beträchtlicher Kraftaufwand wird danach nicht gefordert. Unter "Gewalt" ist, wie HEILBORN 4) richtig bemerkt, keine Steigerung des Merkmales "Kraft" zu verstehen. Das wird an dem folgenden von ihm gebrachten Beispiel deutlich:

"Der starke Mann, der 6 Zentner mit einer Hand emporhebt, gebraucht dazu ungemeine Kraft, aber keine Gewalt. Ich bediene mich dagegen letzterer, wenn ich den um ein Paket gewickelten Bindfaden zerreiße."

Aus der Erkenntnis, daß von Gewalt auch ohne besondere Kraftanstrengung gesprochen werden kann, beruht die in einer Entscheidung des Reichsgerichts 5) und im Anschluß daran überwiegend im Schrifttum 6) verwandte Definition, ein gewaltsamer Ausbruch liege vor, wenn diejenige Kraft aufgewendet werde, die

1) Ebenso KNODEL S. 170

2) Die Formulierung des Gesetzes "gewaltsamer Ausbruch" stellt genau genommen einen Pleonasmus dar; denn in dem Begriff "Ausbruch" ist bereits das Moment der Gewaltsamkeit enthalten. RGSt 17, 47; OLSHAUSEN Anm. 8 zu § 122; KNODEL S. 171

3) KNODEL S. 168

4) ZStW Bd. 18, 187

5) RG GA 56, 87

6) OLSHAUSEN Anm. 4 zu § 122; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 6 zu § 122; SCHWARZ-DREHER Anm. 4 B zu § 122; WERNER LK Anm. V zu § 122; DALCKE-SCHÄFER Anm. 6 zu § 122; v. HIPPEL Lb S. 307 Anm. 6

notwendig sei, um den Widerstand der Abschlußvorrichtungen zu überwinden.

In dieser Definition kommt jedoch zweierlei nicht genügend zum Ausdruck. Einmal fehlt es an einem Zusatz, der klar erkennen läßt, daß Gefangene nicht aus § 122 Abs. 2 bestraft werden können, die ihre Befreiung auf einem zur ordnungsgemäßen Öffnung der Abschlußvorrichtungen üblichen Wege, z.B. durch Gebrauch der richtigen Schlüssel, zu erreichen suchen; denn für die Begriffe "gewaltsam" und "ausbrechen" ist die Benutzung nicht ordnungsmäßiger Mittel wesentlich. Zum anderen läßt die Definition einen Anhaltspunkt dafür vermissen, daß ein ganz geringfügiger Kraftaufwand die Anwendbarkeit des § 122 Abs. 2 nicht zu begründen vermag, weil, wie bereits bei § 122 Abs. 1 dargelegt, § 122 nur Handlungen von einiger Intensität erfassen will. Daraus darf allerdings nicht der Schluß gezogen werden, die Vertreter der reichsgerichtlichen Definition hielten in derartigen Fällen § 122 Abs. 2 für gegeben. Das beweist ein von der Literatur gebilligtes Urteil des Reichsgerichts¹⁾, in dem die Annahme eines gewaltsamen Ausbruchs wegen unerheblicher Kraftanstrengung abgelehnt wurde, weil die Gefangenen lediglich lose in das Mauerwerk eingefügte Steine herausgenommen hatten. Weitere Beispiele hierfür bieten die Entscheidungen²⁾, die die Benutzung von Nachschlüsseln oder Dietrichen nur unter der Voraussetzung als Gewalt ansehen, daß die Eröffnung der Abschlußvorrichtungen einen besonderen Kraftaufwand verlangt.

Die aufgezeigten Mängel vermeidet KNODEL³⁾, der, von Ausnahmefällen abgesehen⁴⁾, die Anwendung erhöhter Kraft verlangt. Darunter versteht er ein Vorgehen, bei dem der Widerstand der Abschlußvorrichtungen auf eine Weise überwunden wird, "die eine gegenüber dem gewöhnlichen und ordnungsmäßigen Weg, um dasselbe Ziel zu erreichen, größere Kraftanstrengung erfordert".

Der nach KNODELS Auffassung notwendige Kräftevergleich zwischen dem üblichen und dem von den Gefangenen eingeschlagenen Weg führt zu einer unterschiedlichen Behandlung gleichgelagerter Sachverhalte. Das zeigen seine eigenen Ausführungen⁵⁾. In dem Gebrauch eines Nachschlüssels liegt für ihn keine Gewalt, sofern sich das Schloß damit ebenso leicht öffnen läßt wie mit dem hierfür bestimmten Schlüssel. Dagegen bejaht er eine Gewaltanwendung, wenn die Benutzung des Nachschlüssels eine größere Kraftanstrengung voraussetzt als die

1) RGSt 27, 348; vgl. dazu im Schrifttum FRANK Anm. I 2 d zu § 122; OLSHAUSEN Anm. 8 zu § 122; WERNER LK Anm. V zu § 122

2) RGSt 17, 49/50, 49, 431; BGHSt 16, 31

3) S. 170

4) Siehe dazu den folgenden Text.

5) S. 171

Verwendung des richtigen Schlüssels. Der gleiche Kraftaufwand kann demnach einmal von § 122 Abs. 2 erfaßt werden, im anderen Fall straflos bleiben, wenn es zur ordnungsmäßigen Öffnung der Verwahrungsvorrichtungen verschieden großer Kraftanstrengung bedarf. Knodels Ansicht hat also zur Folge, daß der Grad der anzuwendenden Kraft nicht einheitlich festgelegt werden kann, sondern sich jeweils nach dem für den ordnungsmäßigen Weg erforderlichen Maß richtet.

Ein Grund für eine derartige Relativierung des Merkmals "gewaltsam" besteht nicht. Vielmehr ist in Anlehnung an die zum Begriff des Einbruchs ¹⁾ in § 243 Abs. 1 Nr. 2 vertretene Auffassung ²⁾ jeder Kraftaufwand, mittels dessen die Befreiung auf einem nicht ordnungsmäßigen Weg erstrebt wird, als ausreichend anzusehen, sofern es sich hierbei nicht um eine unerhebliche Kraftanstrengung handelt. Einer Substanzverletzung bedarf es nicht ³⁾.

Daneben kann, darin ist KNODEL ⁴⁾ beizupflichten, auch bei Anwendung geringfügiger körperlicher Kraft ein gewaltsamer Ausbruch angenommen werden, wenn die Abschlußvorrichtungen durch die Benutzung von Hilfsmitteln, die gewaltsam auf den Widerstand der Verwahrungseinrichtungen einwirken, z.B. Sprengstoff, Feuer oder ätzende Säuren, zerstört oder beschädigt worden sind. Hier muß im Gegensatz zum Fall des "persönlichen" Kraftaufwandes eine Substanzverletzung gefordert werden, weil nur unter dieser Voraussetzung eine Einwirkung von einer gewissen Intensität vorliegt, die § 122 Abs. 2 allein erfassen will.

Ohne Bedeutung für die Anwendbarkeit des § 122 Abs. 2 bleibt, ob die Befreiung eine dauernde oder nur vorübergehende sein sollte, ob alle oder nur einige der an der Zusammenrottung Beteiligten ausbrechen wollten. Selbst der Wille, lediglich einem Rottierer zur Flucht zu verhelfen, schließt eine Bestrafung aus § 122 Abs. 2 nicht aus ⁵⁾. Die gegenteilige Auffassung BINDINGS ⁶⁾ und M.E.

-
- 1) Der Einbruch stellt im Verhältnis zum Ausbruch eine Handlung mit umgekehrten Vorzeichen dar, so daß die dort entwickelten Grundsätze für die Definition des Ausbruchs herangezogen werden können.
 - 2) RGSt 4, 354; 60, 380; BGH NJW 1956, 389; OLG Hamm JR 1952, 287; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 15 zu § 243
 - 3) RGSt 4, 354; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 15 zu § 243; BINDING BT I S. 299; GERLAND S. 579; MEZGER-BLEI BT S. 131; KNODEL S. 171; a.A. FRANK Anm. III 2 a zu § 243
 - 4) S. 170/171
 - 5) RG GA Bd. 39, 326; FRANK Anm. I 2 d zu § 122; OLSHAUSEN Anm. 7 zu § 122; SCHWARZ-DREHER Anm. 4 zu § 122; WERNER LK Anm. V zu § 122; LACHENMAYER S. 124
 - 6) BT II 2 S. 594

MAYERS ¹⁾ widerspricht dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung. Das Unrecht der Tat besteht nicht in der Befreiungshandlung als solcher, sondern in der Ablehnung gegen die Anstaltsgewalt, die in dem gemeinsamen gewaltsamen Vorgehen gegen die Abschlußvorrichtungen sichtbar wird. Für die Beeinträchtigung des Schutzobjektes ist deshalb ohne Bedeutung, ob alle oder nur ein Rottierer ausbrechen beabsichtigen.

Auch der Gesetzeswortlaut vermag die Ansicht Bindings und M.E. MAYERS nicht zu rechtfertigen. Aus den Worten "wenn Gefangene sich zusammenrotten und mit vereinten Kräften einen gewaltsamen Ausbruch unternehmen" ergibt sich nur, daß mehrere, d.h. zumindest zwei Gefangene bei der gewaltsamen Beseitigung der Verwahrungsvorrichtungen, die der Flucht entgegenstehen, mitwirken müssen. Daraus folgt aber nicht, daß auch Voraussetzung die Beteiligung von zwei Gefangenen in der Absicht, selbst ausbrechen, ist.

V. § 122 ABS 1 UND 2 ALS UNTERNEHMENSDELIKT

§ 122 Abs. 1 bestraft das "Unternehmen" der Nötigung, § 122 Abs. 2 das "Unternehmen" des Ausbruchs. Nach der Legaldefinition des § 87 unterliegt damit die versuchte Tat der gleichen Strafe wie die vollendete. Vorbereitungshandlungen werden dagegen von dem Unternehmensbegriff nicht erfaßt ²⁾. Desgleichen ist ein Versuch des Versuches nicht möglich ³⁾. Eine andere Auffassung führte, wie NAGLER ⁴⁾ treffend bemerkt, dazu, "entgegen aller Gerechtigkeit und entgegen den gesetzlichen Intentionen ein formalistisches Paternoster-Werk in Bewegung zu setzen".

Bei den Tatbestandsmerkmalen des Angriffs und Widerstandes verwendet der Gesetzgeber den Unternehmensbegriff nicht. Dennoch hält SCHRÖDER ⁵⁾ § 122 Abs. 1 auch bezüglich dieser beiden Begehungsformen für einen Unternehmenstatbestand, da von ihnen erfolgreiche und fehlgeschlagene Handlungen erfaßt würden.

1) Gefangenenerbefreiung S. 19 Anm. 1

2) BGHSt 5, 281; KOHLRAUSCH-LANGE Anm. III 3 zu § 87; JAGUSCH LK Anm. 2 zu § 87; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 2 zu § 87; SCHWARZ-DREHER zu § 87.

3) MEZGER-BLEI AT S. 217

4) LK Anm. V zu § 43

5) Rdnr. 5 zu § 122; Rdnr. 9 zu § 113; Rdnr. 1 zu § 87

Gegen die Auffassung Schröders ist mit v. WEBER ¹⁾ einzuwenden, daß bei den Alternativen des Angriffs und Widerstandes die Grenzen der Strafbarkeit enger sind als bei Unternehmenstatbeständen. Ein Unterschied zu den Unternehmensdelikten besteht insofern, als für die Verwirklichung der Begehungsformen des Angriffs und Widerstandes erforderlich ist, daß die Merkmale, die zum Tatbestand gehören, objektiv vorliegen. Nehmen die Gefangenen irrig an, der von ihnen Angegriffene falle unter den in § 122 Abs. 1 genannten Personenkreis, so ist der Tatbestand des § 122 Abs. 1 nicht erfüllt. Auch ein strafbarer Versuch dieser Vorschrift kommt nicht in Betracht, weil § 122 Abs. 1 für die Begehungsformen des Angriffs und Widerstandes eine Versuchsstrafbarkeit nicht vorsieht. Stellte dagegen § 122 Abs. 1 auch bezüglich dieser Alternativen einen Unternehmenstatbestand dar, so müßten die Gefangenen in dem angeführten Fall nach § 122 Abs. 1 bestraft werden; denn der von dem Unternehmensbegriff umfaßte Versuch bezieht sich grundsätzlich auch auf die Fälle des untauglichen Versuchs ²⁾.

Gegen die Auffassung SCHRÖDERS spricht außerdem ein weiterer Gesichtspunkt. Da der Unternehmensbegriff Vollendung und Versuch zusammenfaßt, versuchter Angriff und Widerstand aber straflos sind, dürfte, wenn Schröders Ansicht zutreffend wäre, ein Versuch des Angriffs und Widerstandes nicht denkbar sein. Das ist indessen nicht der Fall ³⁾. Zwar ist der Versuchsbereich bei beiden Alternativen außerordentlich eingeschränkt, weil sie Tätigkeitsmerkmale darstellen, für die der Eintritt eines Erfolges nicht wesentlich ist. Dennoch sind auch hier Versuchshandlungen möglich, selbst wenn man es für die Annahme eines Versuchs nicht genügen läßt, daß ein Meuterer die Absicht, einen tätlichen Angriff oder Widerstand mit Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verüben, nur irgendwie zum Ausdruck gebracht hat. Es sind Handlungen denkbar, die ohne bereits Angriff oder Widerstand zu sein, einen Anfang der Ausführung der in § 122 Abs. 1 beschriebenen Tätigkeit darstellen. Zum Beweis hierfür sei folgendes Beispiel angeführt:

Der Gefangene A setzt unmittelbar zum Schlag an; bevor er aber sein Vorhaben vollenden kann, wird er von einem Wärter überwältigt.

In diesem Verhalten kann ein tätlicher Angriff oder Widerstand mit Gewalt nicht gesehen werden; denn es fehlt an der für beide Begriffe erforderlichen körperlichen Einwirkung auf den betroffenen Anstaltsbeamten. Da die Handlung des A aber den Anfang der Ausführung eines tätlichen Angriffs oder eines gewaltsa-

1) Materialien zur Strafrechtsreform, Nr. 1 S. 280

2) JAGUSCH LK Anm. 2 zu § 87; MAURACH AT S. 85

3) a.A. allerdings hier v. WEBER, Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1 S. 280 und RUSAM S. 32

men Widerstandes darstellt, ist je nach dem Plan des Meuterers A der Versuch eines dieser beiden Begehungsformen anzunehmen.

Daß die Möglichkeit des Versuchs eines Angriffs eine feststehende Tatsache ist, beweist § 316 a Abs. 1, wenn es dort heißt: "Wer ... einen Angriff ... unternimmt" Stünde der Gesetzgeber auf dem Standpunkt, ein versuchter Angriff sei nicht denkbar, so hätte es der Aufnahme des Tatbestandsmerkmals "Unternehmen" nicht bedurft; denn einen Angriff unternehmen bedeutet einen Angriff vollenden oder versuchen. Daß die Fassung des § 316 a Abs. 1 nicht auf einem Versehen beruht, wie RUSAM ¹⁾ glaubt, beweist die Begründung zu § 348 des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs 1962 ²⁾, der im Gegensatz zu § 316 a die Gleichstellung von Vollendung und Versuch aufgibt. "Sie (die Gleichstellung) ist im Bereich des vorliegenden Tatbestandes wenig sinnvoll; denn einerseits bleibt der Versuch hier im allgemeinen wie bei der überwiegenden Mehrzahl aller Delikte nach Unrechts- und Schuldgehalt hinter der vollendeten Tat zurück, und andererseits wird durch das Merkmal des Angriffs die Strafbarkeit schon weit in den Bereich der Vorbereitungshandlungen des Raubes und der Erpressung vorverlegt, so daß die volle Strafe für den Versuch unter Umständen auch Taten betrifft, bei denen die Mindeststrafe von 5 Jahren Zuchthaus unangemessen ist. Die Abstufung der Strafdrohung nach Versuch und Vollendung des Angriffs entspricht deshalb einem sachlichen Bedürfnis."

Der Umstand, daß § 122 Abs. 1 nur hinsichtlich der Begehungsform der Nötigung einen Unternehmenstatbestand darstellt, hat bei konsequenter Berücksichtigung das Ergebnis zur Folge, daß Gefangene, die eine Privatperson in der Annahme nötigen, es handele sich um einen Aufsichtsbeamten aus § 122 Abs. 1 bestraft werden müßten. Gefangene dagegen, die unter den gleichen Voraussetzungen einen Angriff verüben oder Widerstand leisten, blieben nach § 122 Abs. 1 straflos. Die Möglichkeit einer Bestrafung aus § 122 Abs. 1 in derartigen Fällen wäre damit allein von den Vorstellungen der Gefangenen abhängig. Bezweckte ihre Tat, die betroffene Aufsichtsperson zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen, so läge § 122 Abs. 1 vor. Verfolgten sie keine dahingehenden Ziele, so wäre § 122 Abs. 1 unanwendbar. Dem objektiven Geschehen käme keine Bedeutung zu. Das erscheint nicht gerechtfertigt. Die Gefahr für die Anstaltsordnung beruht entscheidend auf dem äußeren Erscheinungsbild der Tat. Das Schutzobjekt des § 122 Abs. 1 wird durch das gemeinsame Vorgehen der Gefangenen gegen das Haftpersonal beeinträchtigt. Die Zielsetzungen der Meuterer sind hierfür unbeachtlich. Es besteht deshalb kein rechtfertigender Grund, einen Unterschied hin-

1) S. 32

2) S. 534

sichtlich des Anwendungsbereichs der Alternative der Nötigung einerseits und des Angriffs und des Widerstandes andererseits zu machen. Der Unternehmensbegriff in § 122 Abs. 1 muß demzufolge dahingehend eingeschränkt werden, daß von ihm nicht der untaugliche Versuch erfaßt wird, bei dem ein vom Gesetz gefordertes Tatbestandsmerkmal objektiv nicht erfüllt ist.

VI. DER RÜCKTRITT VOM UNTERNEHMEN

Der Gesetzgeber hat für die Unternehmenstatbestände der §§ 80, 89 und 316 a besondere Rücktrittsregelungen geschaffen, die bei Aufgabe der beabsichtigten Tat im Gegensatz zu § 46 nicht stets Straffreiheit vorsehen, sondern es in das Ermessen des Gerichts stellen, die Strafe zu mildern oder von einer Bestrafung abzusehen. Für die übrigen Unternehmensdelikte fehlen derartige Bestimmungen. Es bleibt deshalb zu untersuchen, ob in den Fällen, in denen lediglich ein vom Unternehmensbegriff umfaßter Versuch ¹⁾ vorliegt, dem Abstandnehmen des Täters von der weiteren Durchführung seines Plans strafrechtlich keine Wirkung beizumessen ist. Gemeint ist damit, ob die vom Gesetz angedrohte Mindeststrafe unterschritten oder von Strafe abgesehen werden kann. Daß der Rücktritt bei der Strafzumessung berücksichtigt werden darf, steht außer Zweifel. Für den Fall des § 122 stellt sich die Frage konkret dahin, ob Gefangene, die mit dem Ausbruch oder der Nötigung begonnen, dann aber von ihrem Vorhaben abgelassen haben, mit der vollen Strafe des § 122 Abs. 1 oder 2 belegt werden müssen oder ob § 46 bzw. eine andere Rücktrittsvorschrift herangezogen werden kann.

Eine einhellige Meinung hat sich bis heute zu dieser Frage nicht gebildet.

FRANK ²⁾, KOHLRAUSCH-LANGE ³⁾ und KOCH ⁴⁾ halten § 46 für anwendbar. Koch stützt diese Auffassung auf die Behauptung, der Begriff "Unternehmen" solle nur zum Ausdruck bringen, daß die Strafe für Vollendung und Versuch gleich, also die im § 44 vorgesehene Möglichkeit der Strafmilderung beim Versuch abgeschnitten sei. Nicht aber folge daraus, jedes "Unternehmen" stelle bereits eine vollendete Tat dar; denn § 87 unterscheide ausdrücklich zwischen solchen Unternehmenshandlungen, durch die das Delikt vollendet und solchen, durch die es

1) Selbstverständlich steht nur der Versuch im Rahmen des Unternehmens zur Diskussion. Die "vollendete" Tat, d.h. die Tat, bei der der beabsichtigte Erfolg eingetreten ist, schließt ebenso wie bei den übrigen Vorschriften - § 310 ausgenommen - einen strafbefreienden Rücktritt aus.

2) Anm. V 2 zu § 46

3) Anm. IV 1 zu § 46

4) S. 22

lediglich versucht werde. Vollendung liege deshalb nicht anders als sonst erst bei vollständiger Verwirklichung aller vom Gesetz geforderten Tatbestandsmerkmale vor, d.h. wenn der mit der Tat bezweckte Erfolg eingetreten sei. Anderenfalls könne nur von einem Versuch gesprochen werden, bei dem § 46 eingreife.

BINDING ¹⁾ kommt auf Grund von Billigkeitserwägungen zum selben Ergebnis:

"Den vom Mordversuche Rücktretenden straflos zu lassen, den Meuterer aber, der zurücktritt vom Unternehmen, den Aufseher zu nötigen, zu strafen, ist ein unerträglicher Widerspruch. Und so wird man diese Bestimmungen (die Unternehmenstatbestände) richtig auszulegen haben, daß der Unternehmer mit der vollen Strafe des Gesetzes belegt werden soll, falls die Voraussetzungen der Strafbarkeit gegeben sind, also falls nicht freiwilliger Rücktritt vorliegt."

Die ganz überwiegende Meinung ²⁾ steht dagegen zu Recht auf dem Standpunkt, bei den Unternehmensdelikten könne § 46 nicht angewendet werden.

§ 46 erfaßt nur solche Handlungen, die nach der gesetzlichen Regelung einen Versuch des betreffenden Delikts darstellen, nicht auch solche Handlungen, die der Gesetzgeber bereits als vollendete Tat bestraft. Das zeigt deutlich § 46 Nr. 2, wenn dort für die Annahme eines strafbefreienden Rücktritts gefordert wird, daß der Täter den Eintritt des zur Vollendung der geplanten Straftat gehörigen Erfolges abwendet. Bei den Unternehmensdelikten sieht der Gesetzgeber aber bereits den Versuch als vollendete Tat an. Der Unternehmensbegriff ist in den Tatbestand dieser Vorschriften aufgenommen worden, so daß die Voraussetzungen der Unternehmensdelikte erfüllt, wer die dort beschriebenen Handlungen "unternimmt", d.h. vollendet oder versucht. Die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts gemäß § 46 scheidet demnach bei § 122 aus. Auch eine entsprechende Anwendung des § 49 a Abs. 3 und 4 kommt nicht in Betracht. Diese Bestimmung bezieht sich auf Handlungen, die die Begehung einer Straftat lediglich vorbereiten. Von einer Rechtsähnlichkeit zwischen den Vorschriften der §§ 122 und 49a Abs. 3 und 4, die Voraussetzung für eine Analogie ist ³⁾, kann demzufolge nicht

1) Grundriß AT S. 136/137

2) BGHSt 15, 198/199; JAGUSCH LK Anm. 2 zu § 87; SCHWARZ-DREHER zu § 87; BAUMANN AT S. 578; MAURACH AT S. 425; WELZEL Lb S. 179. Diese Ansicht war auch vor Einfügung des § 87 die herrschende, vgl. RGSt 10, 324; OLSHAUSEN Anm. 5 zu § 46; v. LISZT-SCHMIDT S. 319; M.E. MAYER AT S. 369; MEYER-ALLFELD S. 203/204

3) Vgl. z.B. MAURACH AT S. 90

gesprochen werden. Aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs 1), das eine entsprechende Anwendung des § 49 a Abs. 3 und 4 im Rahmen des § 234 a Abs. 3 bejahet, läßt sich, wie der Bundesgerichtshof an anderer Stelle selbst bemerkt 2), nichts Gegenteiliges entnehmen; denn § 234 a Abs. 3 stellt wie § 49 a Abs. 1 und 2 lediglich Vorbereitungshandlungen unter Strafe.

Zu untersuchen bleibt eine Analogie zu den §§ 82, 89 Abs. 3 und 316 a Abs. 2.

Für die entsprechende Anwendung einer dieser Vorschriften tritt SCHRÖDER 3) ein. Da die Bestimmungen, auf die sich die genannten Rücktrittsregelungen beziehen, wie § 122 Unternehmenstatbestände darstellen, hält er eine Analogie für geboten, weil andernfalls "unerträgliche Ungerechtigkeiten die Folge wären".

Zu Recht hat aber Bundesgerichtshof darauf hingewiesen, daß zwischen den §§ 80 und 89 einerseits und § 122 andererseits Unterschiede bestehen, die gegen eine analoge Anwendung der für Hochverrat und Verfassungsverrat vorgesehenen Rücktrittsbestimmungen sprechen.

Die §§ 80 und 89 wollen den Bestand der verfassungs- und gebietsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik und ihrer Länder schützen. Eine Verletzung des geschützten Rechtsguts tritt nur ein, wenn die Tat zu einer Beseitigung der verfassungs- bzw. gebietsmäßigen Ordnung geführt hat. Versuchshandlungen bewirken nur eine Gefährdung des Schutzobjekts.

Eine derartige Verschiedenheit zwischen den vom Unternehmensbegriff umfaßten vollendeten und versuchten Vorhaben besteht bei § 122 nicht. Unternehmen Gefangene einen Fluchtversuch und werden sie erst festgenommen, nachdem sie die Verwahrungsvorrichtung bereits gewaltsam geöffnet hatten, so haben sie ihr Ziel, die Befreiung, nicht erreicht. Es liegt deshalb lediglich ein Unternehmen in der Form des Versuchs vor. Dennoch wird dadurch das Schutzobjekt des § 122 Abs. 2 in nicht geringerem Maße beeinträchtigt als bei erfolgreichem Ausbruch; denn nicht auf der Befreiung als solcher, sondern auf der Gewaltanwendung beruht die Gefahr für die Anstaltsordnung und damit das Unrecht der Tat. Da aber § 122 Abs. 2 nur eingreift, wenn die Gefangenen mit der gewaltsamen Beseitigung der Verwahrungsvorrichtungen begonnen haben 4), verletzt, wie der

1) BGHSt 6, 85

2) BGHSt 15, 198

3) SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 15 zu § 46; JuS 1962, 81 (86)

4) SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 6 zu § 122

Bundesgerichtshof ¹⁾ zutreffend ausführt, der versuchte Ausbruch das geschützte Rechtsgut in gleichem Umfang wie der vollendete.

Das gleiche gilt im Fall des § 122 Abs. 1. Auch hier beruht die Beeinträchtigung des Schutzobjektes nicht erst darauf, daß die Nötigung den von den Meuterern gewünschten Erfolg gehabt hat. Bereits durch das Vorgehen gegen das Haftpersonal bringen die Gefangenen ihre Auflehnung gegen die Anstaltsgewalt zum Ausdruck. Allein in der Vornahme einer gegen die Aufsichtsbeamten gerichteten Handlung besteht das Unrecht. Das beweisen auch die Tatbestandsmerkmale "angreifen" und "Widerstand leisten"; denn beide Begriffe erfassen gelungene wie fehlgeschlagene Maßnahmen.

Problematischer ist die Zulässigkeit der entsprechenden Anwendung des § 316 a Abs. 2. Es ist deshalb erstaunlich, daß die einschlägige Entscheidung des Bundesgerichtshofs ²⁾ sich mit dieser Frage überhaupt nicht auseinandergesetzt hat.

FLOEGEL-HARTUNG ³⁾ sehen die ratio legis des § 316 a in der "hohen Gemeingefahr, die durch die dort beschriebenen Taten für den Verkehr auf der betroffenen Straße herbeigeführt wird oder doch herbeigeführt werden kann, in dem Schutz der Allgemeinheit gegen ein besonders gemeingefährliches Verhalten". Legt man diese Betrachtungsweise zugrunde, so verletzte jede Unternehmenshandlung das Schutzobjekt des § 316 a. Die §§ 316 a und 122 wären rechtsähnlich, so daß die Vergünstigung des § 316 a Abs. 2 im Wege entsprechender Anwendung den Meuterern zugute kommen müßte.

Nach richtiger Auffassung gehört § 316 a jedoch "materiell-unrechtsgehaltsmäßig" zum Raub und zur räuberischen Erpressung ⁴⁾. Dagegen spricht nicht die Einordnung dieser Vorschrift in den Abschnitt "Gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen". Daraus können deshalb keine Schlüsse gezogen werden, weil in den 27. Abschnitt eine Reihe von Tatbeständen eingegliedert ist, deren Strafgrund nicht auf der Herbeiführung einer Gemeingefahr beruht, sondern die systematisch in die übrigen Abschnitte des StGB gehören ⁵⁾.

1) BGHSt 15, 198 (200). Der Bundesgerichtshof geht allerdings von der Auffassung aus, § 122 Abs. 2 schütze die Unversehrtheit der Verwahrungsvorschriften.

2) BGHSt 15, 198

3) Anm. 7 zu § 316 a

4) SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 1 zu § 316 a; MAURACH BT S. 244/45; RUSAM S. 57

5) Vergl. die Aufzählung bei MAURACH BT S. 495

Bei § 316 a zeigt die Entstehungsgeschichte, daß hier ein Delikt geschaffen werden sollte, dessen Unrechtsgehalt neben der Gefährdung des Straßenverkehrs in der Begehung eines Raubes oder räuberischer Erpressung besteht. Das Gesetz gegen Straßenraub mittels Autofallen vom 22. Juni 1938, dessen Grundgedanken § 316 a übernimmt, sollte ursprünglich in das StGB innerhalb der Raubtatbestände als § 251 a eingefügt werden. Davon sah man nur aus dem Grund ab, weil das Gesetz gegen Straßenraub mittels Autofallen zugleich in Österreich gelten sollte, dort aber das RStGB noch nicht eingeführt war. ¹⁾

Einen Anhaltspunkt für den Standpunkt des Gesetzgebers im Gesetz selbst bietet die äußerst hohe Strafdrohung des § 316 a. Sie läßt sich allein mit der Gefährdung des Straßenverkehrs nicht rechtfertigen, sondern ist nur dann zu erklären, wenn außerdem berücksichtigt wird, daß das Unternehmen des Angriffs dazu dienen soll, einen Raub oder eine räuberische Erpressung zu begehen.

Die Schutzobjekte des Raubes und der räuberischen Erpressung sind demnach zum Teil dieselben wie die des § 316 a, d. h. § 316 a stellt Angriffe auf das Eigentum, den Gewahrsam, das Vermögen und die Freiheit unter Strafe. Zwar führt demnach jede Unternehmenshandlung des § 316 a zu einer Beeinträchtigung der durch § 316 a geschützten Sicherheit des Straßenverkehrs, nicht aber werden durch jede Unternehmenshandlung die ebenfalls geschützten Rechtsgüter des Eigentums, Gewahrsam oder Vermögens bereits verletzt. Von einer Rechtsähnlichkeit der §§ 316 a und 122 kann demzufolge nicht gesprochen werden. § 316 a Abs. 2 läßt sich deshalb ebensowenig wie die §§ 82 und 89 Abs. 3 im Rahmen des § 122 entsprechend anwenden.

VII. ABGRENZUNG ZWISCHEN TÄTERSCHAFT UND TEILNAHME IM RAHMEN DES § 122 ABS. 1 UND 2

Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme wird bei sämtlichen Rottendelikten wesentlich dadurch erleichtert, daß durch das Merkmal "zusammenrotten" der Täterkreis von vornherein fest umrissen ist. Nur diejenigen Personen kommen als Täter in Betracht, die selbst zu den Rottierern gehören ²⁾ und im Fall des § 122 außerdem noch das Erfordernis der Gefangenen eigenschaft erfüllen. Wer nicht in der Zusammenrottung anwesend oder nicht Gefangener im Sinne des § 122 ist, kann lediglich wegen Anstiftung oder Beihilfe zu § 122 Abs.

1) RIETZSCH in PFUNDTNER-NEUBERT S. 118 Anm. 1

2) Allg. Meinung, vgl. z. B. RGSt 60, 331; SCHWARZ-DREHER Anm. 2 zu § 115

1 oder 2 bestraft werden.

Während die §§ 115, 124 und 125 allein die Teilnahme an der Zusammenrottung unter Strafe stellen, spricht § 122 Abs. 1 und 2 von Gefangenen, die sich zusammenrotten und mit vereinten Kräften handeln. Zu Unrecht mißt M.E. MAYER ¹⁾ dieser textlichen Abweichung bei der Frage der Täterschaft keine Bedeutung zu und läßt wie in den Fällen des Aufruhrs, schweren Hausfriedensbruchs und Landfriedensbruchs jeden Anschluß eines Gefangenen an die Rotte genügen, der in Kenntnis der von den Beteiligten geplanten Tat erfolgt ¹⁾. Diese Auffassung dehnt den Anwendungsbereich des § 122 Abs. 1 und 2 in unzulässiger Weise aus. Die strafbare Handlung besteht nach dem Gesetzeswortlaut im Gegensatz zu den übrigen Rottendelikten nicht allein in der Teilnahme an der Zusammenrottung, sondern es muß darüber hinaus noch eine Begehung mit vereinten Kräften durch jeden Gefangenen hinzutreten. Das setzt physische oder psychische Unterstützung und damit wenigstens Billigkeit des von der Rotte beabsichtigten Vorhabens voraus. Lediglich Kenntnis des strafbaren Zwecks erfüllt den Tatbestand nicht ²⁾. Dieser Unterschied zu den anderen Rottendelikten ist sachlich durchaus gerechtfertigt. In den Fällen der §§ 115, 124, 125 sind die Teilnehmer freiwillig zusammengekommen; der Einzelne kann sich jederzeit aus der Rotte entfernen, sobald er sich der rechtswidrigen Ziele der Menge bewußt wird. Für die Gefangenen, deren Bewegungsfreiheit weitgehend eingeschränkt ist, besteht eine solche Möglichkeit in der Regel nicht. So muß ein Gefangener, der mit mehreren anderen in einer Zelle untergebracht ist, gezwungenermaßen an einer Zusammenrottung der übrigen teilnehmen. Stellte § 122 allein die Beteiligung an der Zusammenrottung unter Strafe, dann müßte in derartigen Fällen auch der Gefangene als Täter des § 122 Abs. 1 und 2 zur Verantwortung gezogen werden, der das Vorgehen der anderen mißbilligte, dabei aber keine Gelegenheit hatte, sich von den Meuterern räumlich abzusondern.

Die in § 122 Abs. 1 und 2 vorgenommene Beschränkung des Täterkreises hat außerdem zur Folge, daß die für die §§ 115, 124 und 125 äußerst umstrittene Frage, ob sich der einzelne Beteiligte während der Vornahme der im Gesetz beschriebenen Ausführungshandlungen in der Zusammenrottung befunden haben muß ³⁾, eindeutig im bejahenden Sinn zu entscheiden ist. Diejenigen Gefange-

1) Ebenso MEYER-ALLFELD S. 563; v. LISZT-SCHMIDT S. 798; FREUDENTHAL S. 132 ff.

2) So richtig RGSt DJ 1937, 199; LACHENMAYER S. 111

3) Vergl. hierzu als Vertreter der verschiedenen Auffassungen, RGSt 36, 174; 54, 85; BGHSt GA 1963, 19 einerseits, SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 7 zu § 115 andererseits und schließlich FRANK Anm. II zu § 125; GERLAND S. 323

nen, die sich vor Beginn der geplanten Ausschreitungen aus der Rotte entfernen oder sich erst danach ihr anschließen, können lediglich wegen Anstiftung oder Beihilfe zur Verantwortung gezogen werden ¹⁾.

Schließlich liegt der gegenüber den §§ 115, 124 und 125 abweichenden Fassung des § 122 noch eine weitere Verschiedenheit zugrunde. Die meuternden Gefangenen begehen die Tat als Mittäter ²⁾; denn kennzeichnend für die Mittäterschaft ist ebenso wie für das Merkmal "Handeln mit vereinten Kräften" der Wille, das geplante Vorhaben gemeinsam auszuführen. Der Auffassung FREUDENTHALS ³⁾, der meuternde Gefangene sei wie der Teilnehmer am Aufruhr nur dann Mittäter, wenn er "vor allem mit dem Dolus der Gemeinschaft, d.h. mit dem gegenseitigen Bewußtsein und Willen der Gemeinschaft", teilgenommen hat, kann nicht beigespflichtet werden.

In den Fällen des Aufruhrs, schweren Hausfriedensbruchs und Landfriedensbruchs, in denen allein die Teilnahme an der Zusammenrottung bestraft wird, ohne daß der einzelne Beteiligte mit den verübten Taten einverstanden zu sein braucht, trifft dagegen FREUDENTHALS ⁴⁾ Ansicht zu, daß Mittäterschaft innerhalb der von den §§ 115, 124 und 125 erfaßten Personen nur zwischen denjenigen Rottierern besteht, die mit vereinten Kräften tätig geworden sind.

3. KAPITEL

I. § 122 Abs. 3

§ 122 Abs. 3 sieht eine Strafschärfung, Zuchthaus bis zu 10 Jahren und die Möglichkeit der Polizeiaufsicht für diejenigen Meuterer vor, die Gewalttätigkeiten gegen Anstaltsbeamte oder die mit der Beaufsichtigung beauftragten Personen begangen haben. § 122 Abs. 3 stellt damit im Gegensatz zu § 122 Abs. 1, auf den sich § 122 Abs. 3 nach der hier vertretenen Auffassung allein bezieht, ein Verbrechen dar. Überraschenderweise werden die Rädelsführer der Meuterei von § 122 Abs. 3 nicht erfaßt, während in den Fällen des Aufruhrs, schweren Hausfriedensbruchs und des Landfriedensbruchs der Rädelsführer ebenfalls mit einer

1) RGSt GA 45, 120; WERNER LK Anm. III zu § 122

2) Ebenso HOFMANN S. 86/87, der allerdings dann unverständlicherweise behauptet, die in § 122 enthaltene Mittäterschaft habe mit der Mittäterschaft im technischen Sinne nichts zu tun, obwohl er selbst davon ausgeht, daß sich in jedem Fall beide Begriffe decken.

3) S. 135

4) S. 135; ebenso wohl auch RGSt 58, 208

strengeren Strafe belegt wird. Eine Berechtigung für diese unterschiedliche Regelung läßt sich nicht finden. Sie dürfte auch, verfolgt man die Entstehungsgeschichte der betreffenden Vorschriften, auf Zufall, und nicht auf einer bestimmten Vorstellung des Gesetzgebers beruhen.

Der Entwurf eines Preußischen Strafgesetzbuches von 1845 verwies bezüglich des Tatbestandes der Gefangenemeuterei in § 118 auf die Vorschriften über den Aufruhr. Dort war in § 116 eine verschärfte Strafe für Anstifter, Rädelsführer und Aufrührer enthalten. Auch der Entwurf eines Preußischen Strafgesetzbuches von 1850 machte das Eintreten einer erhöhten Strafe bei der Meuterei und dem Aufruhr von den gleichen Voraussetzungen abhängig. Man hatte allerdings in § 85, dem Tatbestand der Gefangenemeuterei, und § 81, dem Tatbestand des Aufruhrs, von einer besonderen Hervorhebung der Rädelsführer, Anstifter und Aufrührer Abstand genommen und allein diejenigen Teilnehmer, die Gewalttätigkeiten verübt hatten, einer verschärften Bestrafung unterworfen. Die Ursache hierfür lag darin, daß man die Schwierigkeiten, die mit der faktischen Feststellung der Begriffe "Rädelsführer, Anstifter und Aufrührer" verbunden sind, vermeiden wollte¹⁾. Es wurde aus praktischen Gründen für zweckmäßiger gehalten, eine höhere Strafdrohung nur bei dem Teilnehmer anzuwenden, der Gewalttätigkeiten begangen hatte.

Sowohl § 81 als auch § 85 gingen unverändert als § 92 und § 96 in das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 ein. Der Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund vom 12. Juli 1869 brachte in dieser Beziehung keine Änderung, "da die politische Gestaltung des Bundes für die hier bedrohten strafbaren Handlungen eine Abweichung in den Strafvorschriften nicht bedingt".²⁾ Erst der Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund vom 31. Dezember 1869 sah für das Delikt des Aufruhrs in § 113 im Gegensatz zur Gefangenemeuterei, § 120, eine Strafschärfung für die Rädelsführer vor. Eine Begründung für die unterschiedliche Regelung wurde nicht gegeben. Sie ging dann in das Reichsstrafgesetzbuch ein. Der Entwurf eines Strafgesetzbuches 1962 knüpfte zu Recht wieder an den ursprünglichen Zustand an und hält auch bei der Gefangenemeuterei die Rädelsföhreigenschaft für einen Straferschwerungsgrund, § 424 Nr. 1 E.³⁾

1) So die Begründung des Entwurfs, wiedergegeben in RGSt 69, 291

2) Motive zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund S. 126

3) Dazu unten S. 114

1. Der Grund der Strafschärfung

Den Grund für die Strafschärfung des § 122 Abs. 3 sieht das Reichsgericht ¹⁾ in der besonderen Gefahr, die der Gewalttäter für die durch § 122 geschützte Anstaltsordnung herbeiführt. Worauf diese besondere Gefahr beruhen soll, ist den Ausführungen des Reichsgerichts allerdings nicht eindeutig zu entnehmen. Ausgangspunkt zur Ermittlung der ratio legis ist für das Reichsgericht die Feststellung, daß eine Zusammenrottung für die Anstaltsordnung solange nicht gefährlich ist, wie die Rottierer ihre Erregung lediglich durch Worte zum Ausdruck bringen. Beginne aber ein Teilnehmer mit der Verübung von Gewalttätigkeiten, so werde der Mut der übrigen Meuterer derart gesteigert, daß auch bei ihnen die Gefahr gewalttätigen Handelns bestehe. Das Reichsgericht meint demnach offenbar, der Gewalttäter stelle deshalb unter den Meuterern die größte Gefahr für das Schutzobjekt des § 122 dar, da sein Verhalten auf die anderen Beteiligten eine aufreizende Wirkung haben und damit eine unübersehbare Ausweitung der Meuterei verursachen könne.

Demgegenüber wird nach der Auffassung H. MAYERS ²⁾ die Verübung von Gewaltakten nicht wegen ihrer aufreizenden Wirkung auf die übrigen Rottierer verschärft bestraft. Für ihn besteht der Grund der Strafschärfung darin, daß derjenige Meuterer der Gewalttätigkeiten begeht, eine größere verbrecherische Intensität zeigt als die übrigen Beteiligten.

Das Reichsgericht und H. Mayer gehen - wenn auch nicht ausdrücklich - zu Recht davon aus, daß die Strafschärfung des § 122 Abs. 3 nicht mit der Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit des angegriffenen Anstaltsbeamten zu erklären ist. Würde man die ratio legis des § 122 Abs. 3 in dem Schutz der einzelnen Aufsichtsperson sehen, so müßte bei § 125 Abs. 2 der Grund für die strengere Strafdrohung u. a. in der Tatsache der Vernichtung oder Zerstörung von Sachgütern bestehen. Eine solche Annahme läßt sich aber mit der in § 125 Abs. 2 angedrohten Zuchthausstrafe nicht vereinbaren. Mag es auch gerechtfertigt sein, allein für die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit des angegriffenen Anstaltsbeamten eine Zuchthausstrafe vorzusehen, so trifft dies jedenfalls nicht für den Gesichtspunkt der Sachbeschädigung zu.

Zutreffend sind das Reichsgericht und H. Mayer der Ansicht, ratio legis des § 122 Abs. 3 sei die besondere Gefahr, die der gewalttätige Meuterer für die Anstaltsordnung darstelle. Völlig zu Recht liegt auch ihren Ausführungen der

1) RGSt 69, 289 (294)

2) JZ 1956, 436

Gedanke zugrunde, § 122 Abs. 3 aus dem Wesen der Zusammenrottung zu erklären. Nur mit dieser Überlegung wird verständlich, weshalb das Gesetz bei den Rottendelikten denjenigen Beteiligten, der die Tatbestandshandlung vornimmt, einer strengeren Strafe unterwirft, während beispielsweise in den Fällen der §§ 123 Abs. 2 und 223 a, die ebenfalls ein Handeln mehrerer zwingend voraussetzen, für den "Tatnächsten" keine höhere Strafe vorgesehen ist. Dieser Unterschied läßt sich allein mit der Erwägung rechtfertigen, daß die Teilnehmer einer Zusammenrottung in der Regel, ohne einen bestimmten Plan zu haben, zusammengekommen sind. Sie sind sich lediglich in dem Willen einig, in irgendeiner Form gegen die Rechtsordnung zu verstoßen. Ihnen fehlt aber im Gegensatz zu den Fällen der Mittäterschaft der gemeinsame Entschluß, eine bestimmte Straftat zu begehen. Das hat zur Folge, daß die Rottierer häufig nicht den Mut aufbringen, Gewaltakte zu verüben, weil sie sich der Unterstützung der übrigen Beteiligten nicht sicher sind oder es ihnen überhaupt zu riskant erscheint, mit der Verwirklichung ihres Vorhabens zu beginnen. Nicht selten werden deshalb die Teilnehmer, ohne daß es zur Vornahme von Gewalthandlungen gekommen ist, wieder auseinandergehen. Eine Beeinträchtigung der Schutzobjekte der §§ 115, 122 oder 125 tritt nur dann ein, wenn ein Rottierer seine Bedenken überwindet und sich entschließt, die im Gesetz beschriebene Tatbestandshandlung auszuführen. Im Hinblick auf die besondere Situation innerhalb einer Zusammenrottung verdient bei den Rottendelikten dieser Umstand eine höhere Strafe.

Darüber hinaus muß berücksichtigt werden, daß mit der Verübung von Gewaltakten, wie das RG zutreffend feststellt, eine weitere Gefahr verbunden ist; die Gefahr der aufreizenden Wirkung auf die übrigen Beteiligten, nun ihrerseits zu Gewaltakten überzugehen; denn sind erst die Hemmungen beseitigt, so wird die Hoffnung, in der Zusammenrottung unerkannt zu bleiben und von den Rottierern unterstützt zu werden, die einzelnen Teilnehmer zu Ausschreitungen verleiten.

Bei der Frage nach dem Grund der Strafschärfung ist daher nicht allein auf die vom Reichsgericht oder H. Mayer angeführten Überlegungen abzustellen, sondern eine befriedigende Antwort ist nur durch eine Heranziehung beider Gesichtspunkte zu gewinnen.

2. Der Begriff der Gewalttätigkeit

Der Begriff "Gewalttätigkeit", den das Gesetz außer in § 122 Abs. 3 noch in den §§ 124 und 125 verwendet, hat ebenso wie der Gewaltbegriff noch keine einheitliche Definition gefunden.

Vielfach, darunter vom Reichsgericht, wird Gewalttätigkeit als ungerechte Anwendung von Gewalt umschrieben 1). Damit werden zwar nicht, wie KNODEL 2) meint, Gewalt und Gewalttätigkeit für identisch erklärt - § 240 Abs. 2 beweist, daß nicht jede Gewaltanwendung rechtswidrig ist 3) -, es besteht aber eine weitgehende Übereinstimmung beider Merkmale 4). Sie unterscheiden sich nur insoweit, als die Vornahme einer Gewalttätigkeit stets unrechtmäßiges Vorgehen darstellt, während dies für die Gewalt nicht unbedingt der Fall zu sein braucht.

Eine völlige Gleichsetzung beider Begriffe bedeutet dagegen die weit verbreitete Definition, Gewalttätigkeit sei Verübung körperlichen, äußeren Zwanges. 5) Die Identität ergibt sich daraus, daß die Anwendung von Zwang ebenso wie die Anwendung von Gewalt der Überwindung eines Widerstandes dient, um den Betroffenen zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen.

Nur als eine Steigerung des Gewaltbegriffs ist es schließlich anzusehen, wenn behauptet wird, Gewalttätigkeiten seien Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, durch die Personen oder Sachen infolge Gewaltanwendung gefährdet würden 6).

Demgegenüber betont ein Teil des Schrifttums, daß zwischen Gewalt und Gewalttätigkeit ein grundlegender Unterschied bestehe 7). Die Anwendung von Gewalt verfolge den Zweck, den Willen einer Person zu beeinflussen, die Vornahme einer Gewalttätigkeit dagegen sei, ob an Personen oder Sachen begangen,

1) RGSt 45, 156; 52, 34; 55, 37; RGSt HRR 1926, 37; OLSHAUSEN Anm. 9a zu § 122; WERNER LK Anm. VI zu § 122

2) S. 173/174

3) Darüber hinaus kommen auch die allgemeinen Rechtfertigungsgründe in Betracht.

4) Daß das Reichsgericht beide Begriffe zumindest weitgehend für identisch hielt, zeigt sich darin, daß in ein und derselben Entscheidung unterschiedslos einmal von "Gewalt", dann wieder von "Gewalttätigkeit" gesprochen wird, z.B. RGSt 45, 156; RGSt HRR 1926, 37

5) RGSt 54, 90; 55, 37; BGHSt NJW 1953, 350; KOHLRAUSCH-LANGE Anm. VI zu § 122; SCHWARZ-DREHER Anm. 5 zu § 122; WERNER LK Anm. VI zu § 122; GERLAND S. 327

6) RGSt 54, 88; OLSHAUSEN Anm. 1 zu § 124; SCHWARZ-DREHER Anm. 1 Bb zu § 124; WERNER Anm. III 2 b zu § 124

7) FRANK Anm. I 1 zu § 124; HEILBORN ZStW 18, 188; WANJECK GA 27, 197; WINKLER S. 59

Selbstzweck. Die Gewalt greife in die persönliche Freiheit einer Person ein, die Gewalttätigkeit, je nach dem Angriffsobjekt, allein in dessen körperliche oder sachliche Integrität. Die Vertreter dieser Auffassung fordern deshalb für den Begriff der Gewalttätigkeit nicht mehr als die Entfaltung physischer Kraft ¹⁾. Im Ausgangspunkt hiermit übereinstimmend verlangt neuerdings KNODEL ²⁾ vom Massenbewußtsein einer Zusammenrottung getragene Angriffe, die sich gegen Personen oder Sachen in ihrer körperlichen Existenz richten.

Die Auffassung, zwischen den Begriffen Gewalt und Gewalttätigkeit bestehe ein sachlicher Unterschied, verdient Zustimmung. Eine Definition des Merkmals "Gewalttätigkeit" darf nicht von dem Gewaltbegriff ausgehen. Das zeigt ein Vergleich zwischen denjenigen Tatbeständen, die von "Gewalttätigkeit" und denjenigen Vorschriften, die von "Gewalt" sprechen. Die ersteren, §§ 122, 124 und 125, schützen im weiteren Sinn die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, die letzteren, z.B. §§ 177, 240 und 249, dienen u.a. dem Schutz der persönlichen Freiheit. Für die Gewaltanwendung ist daher die Absicht wesentlich, einen geleisteten oder erwarteten Widerstand zu brechen. Dagegen besteht keine Berechtigung, dieses Erfordernis auch bei einer Gewalttätigkeit zu verlangen. Die öffentliche Ordnung wird in gleichem Maße gefährdet, wenn aus einer Zusammenrottung mit vereinten Kräften Personen aus Haß oder Übermut zusammengeschlagen werden, wie wenn sie dadurch zu einem bestimmten Verhalten gezwungen werden sollen.

Wenn trotz des richtigen Ausgangspunktes der Definition, unter Gewalttätigkeit sei die Anwendung körperlicher Kraft zu verstehen, nicht beigeplichtet werden kann, so deshalb, weil das Kriterium der Kraftentfaltung ebensowenig zur Kennzeichnung des Wesens der Gewalttätigkeit geeignet ist wie zur Bildung des Gewaltbegriffs ³⁾. Auch bei der Vornahme einer Gewalttätigkeit braucht nicht mehr Kraft aufgewandt zu werden als für jede beliebige menschliche Handlung. Das Merkmal der Kraftentfaltung bedeutet, worauf KNODEL ⁴⁾ zu Recht hinweist, in Wirklichkeit lediglich ein Scheinkriterium, das zur Begründung bemüht wird, nachdem die Entscheidung über das Vorliegen einer Gewalttätigkeit nach anderen Gesichtspunkten getroffen worden ist. Ein Definitionswert kommt ihm nicht zu.

1) Außer den in Anm. 7 auf Seite 57) Genannten BINDING BT 2 S. 887; MAURACH BT S. 610; MÜLLER S. 50; ebenso z. T. schon das Reichsgericht, RGSt 5, 378; 45, 157; 52, 35; 54, 90

2) S. 177

3) So richtig KNODEL S. 175

4) S. 174/175

Aber auch KNODEL kann insoweit nicht zugestimmt werden, als er vom Massenbewußtsein einer Zusammenrottung getragene Angriffe verlangt. Das Gesetz verwendet zwar den Begriff "Gewalttätigkeit" nur in den Tatbeständen, in denen von einer Zusammenrottung gesprochen wird. Daraus folgt jedoch nicht, daß die Ausschreitungen mit Billigung der übrigen Beteiligten begangen sein müßten. Auch wer gegen den Willen der anderen Teilnehmer einen Dritten angreift, verübt eine Gewalttätigkeit. Dafür bietet nicht nur der Sprachgebrauch einen Anhaltspunkt, nach dem "Gewalttätigkeit" nicht mit Handeln Mehrerer gleichbedeutend ist - die Charakterisierung eines Menschen als "gewalttätig" ist durchaus nicht ungewöhnlich -, sondern das Gesetz selbst, wenn es in den §§ 124 und 125 Abs. 1 eine Vornahme der Gewalttätigkeiten mit vereinten Kräften voraussetzt. Wäre der Gesetzgeber der Meinung gewesen, diesem Begriff wohnte das Merkmal der Gemeinschaftlichkeit inne, so hätte es der Aufnahme des Zusatzes "mit vereinten Kräften" nicht bedurft.

Von dem Kriterium des Massenbewußtseins abgesehen verdient Knodels Definition, Gewalttätigkeiten seien Angriffe, die sich gegen Personen oder Sachen in ihrer körperlichen Existenz richteten, Zustimmung. Anders oder vielleicht einfacher ausgedrückt umfaßt demnach dieser Begriff die in feindseliger Absicht vorgenommene Einwirkung auf den Körper einer Person oder auf eine Sache ¹⁾. Diese Kennzeichnung stimmt, soweit sie sich auf Gewalttätigkeiten gegen Personen bezieht, mit der des tätlichen Angriffs überein. Dennoch besteht zwischen beiden Merkmalen ein wesentlicher Unterschied. Das Erfordernis der körperlichen Einwirkung stellt bei der Gewalttätigkeit im Gegensatz zum tätlichen Angriff lediglich eine Mindestvoraussetzung dar. Während sich der tätliche Angriff hierin erschöpft, liegt eine Gewalttätigkeit auch dann vor, wenn mit ihr die Überwindung des Widerstandes bezweckt wird. Den inneren Zielsetzungen, d.h. der Frage, ob der Handelnde mit seinem Verhalten bestimmte Absichten verfolgt, kommt keine Bedeutung zu. Sie stehen der Annahme einer Gewalttätigkeit nicht entgegen. Eine andere Betrachtungsweise hätte das widersinnige Ergebnis zur Folge, daß die Strafschärfung des § 122 Abs. 3 nur in den Fällen des tätlichen Angriffs, nicht dagegen in den Fällen des Widerstandes oder der Nötigung mit Gewalt eingriffe. Ihre Unhaltbarkeit zeigen noch deutlicher die §§ 124 und 125. Eine Bestrafung aus diesen Vorschriften käme überhaupt nicht in Betracht, wenn aus einer Zusammenrottung mit vereinten Kräften Gewalt gegen Personen verübt wird.

Der Begriff "Gewalttätigkeit" faßt also zwei Merkmale, tätlichen Angriff und Gewalt, zusammen. Er stellt letztlich lediglich eine gesetzestechnische

1) Ebenso SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 7 § 124

Vereinfachung dar ¹⁾.

Eine bedeutsame Frage wirft eine in jüngster Zeit ergangene Entscheidung des Bundesgerichtshofs ²⁾ auf. Sie hält § 122 Abs. 3 nur dann für anwendbar, wenn Handlungen von einer gewissen Intensität vorliegen. Der Schwere der Strafdrohung des § 122 Abs. 3, so führt der Bundesgerichtshof aus, könne entnommen werden, daß der Gesetzgeber nicht jede unbedeutende Maßnahme, sondern nur Gewaltakte von einigem Gewicht erfaßt wissen wolle. Die Bestimmung des § 122 Abs. 3 schütze das Aufsichtspersonal vor besonders gefährlichen Meuterern. Dazu gehörten solche Gefangene nicht, die sich nur aus dem Griff des Beamten zu lösen versuchen und dabei geringe Kraft aufwenden. Um einen derartigen Fall handelt es sich in der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Einen Anhaltspunkt für die Richtigkeit seiner Auffassung sieht der Bundesgerichtshof in der Rechtsprechung zu dem Begriff der unzüchtigen Handlung im Sinne der §§ 171 ff; dieser sei ebenfalls im Hinblick auf die Höhe des Strafrahmens eng ausgelegt und auf intensive Eingriffe beschränkt worden. ³⁾

An der Entscheidung ist zunächst das methodische Vorgehen zu kritisieren. Der Bundesgerichtshof läßt nicht erkennen, ob er allgemein für das Merkmal "Gewalttätigkeit" Handlungen von einer gewissen Erheblichkeit voraussetzt oder lediglich im Falle des § 122 Abs. 3 für eine einschränkende Auslegung des auch unbedeutende Einwirkungen umfassenden Begriffs eintritt.

Die erste Möglichkeit ist im Hinblick auf § 125 abzulehnen. § 125 Abs. 1 spricht generell von Gewalttätigkeiten gegen Sachen, § 125 Abs. 2 sieht nur das Plündern, Vernichten oder Zerstören als verschärft strafbar an. Diese Einschränkung zeigt deutlich, daß das Gesetz unter Gewalttätigkeiten nicht nur intensive Eingriffe versteht, sondern dort, wo es solche für erforderlich hält, dies besonders zum Ausdruck bringt. Eine weitere Überlegung kommt hinzu. Die von den

1) Wegen der Einzelheiten kann deshalb auf die Ausführungen zum tätlichen Angriff (S. 26) und zum Gewaltbegriff (S. 29) verwiesen werden. Ergibt sich bereits daraus, daß es auf den Eintritt eines verletzenden Erfolges nicht ankommt, so läßt sich das für den Begriff der Gewalttätigkeit, worauf MÜLLER S. 51 hinweist, zusätzlich aus § 125 entnehmen; denn § 125 Abs. 2 stellt die Gewalttätigkeiten mit verletzendem Erfolg (Plünderung, Vernichtung, Zerstörung) den bloßen Gewalttätigkeiten des § 125 Abs. 1 gegenüber.

2) BGHSt NJW 1966, 555

3) Z.B. BGHSt 2, 163 (167); 18, 169 (170); BGHSt NJW 1962, 1628 (1630)

Auführern begangenen Handlungen sind die der §§ 113 oder 114. § 115 erfaßt damit sowohl jegliche Gewaltanwendung als auch Drohungen gegenüber den Organen der Staatsgewalt. Gewaltakte oder Drohungen von besonderer Intensität setzt § 115 nicht voraus; es genügen unbedeutende Übergriffe. Wenn § 115 dennoch gegenüber den §§ 113 und 114 einen selbständigen Tatbestand bildet, so deshalb, weil die durch § 115 geschützte Autorität der Staatsgewalt und die öffentliche Sicherheit nicht erst durch intensive Eingriffe, sondern bereits durch die Tatsache der Zusammenrottung und des Handelns mit vereinten Kräften gefährdet werden. Dieser Gesichtspunkt muß auch § 125 zugrunde gelegt werden. § 125 soll ebenso wie letztlich § 115 Störungen der öffentlichen Ordnung verhindern. Es besteht daher keine Berechtigung, für § 125 Gewalttaten von einer gewissen Erheblichkeit zu fordern und die Gefahr für die öffentliche Ordnung nicht bereits in der Zusammenrottung und der Begehung mit vereinten Kräften zu sehen.

Ist somit eine generelle Einschränkung des Begriffs "Gewalttätigkeit" abzulehnen, so läßt sich andererseits nicht bezweifeln, daß das Urteil des Bundesgerichtshofs der Forderung nach schuldangemessener Strafe Rechnung zu tragen versucht. Durchaus nicht jede Gewalttätigkeit eines Meuterers gegenüber dem Haftpersonal verdient die in § 122 Abs. 3 zwingend angedrohte Zuchthausstrafe. Der Bundesgerichtshof macht es sich aber zu einfach, wenn er die restriktive Auslegung des § 122 Abs. 3 letztlich allein mit der Höhe des Strafrahmens begründet ¹⁾. Die §§ 115 Abs. 2 und 125 Abs. 2 dürfen nicht außer Betracht gelassen werden. Gerade aus ihnen lassen sich Anhaltspunkte für die Beantwortung der vorliegenden Frage entnehmen.

Sie bestrafen verschärft u. a. diejenigen Rottierer, die im Fall des § 115 Abs. 2 gegen Organe der Staatsgewalt, im Fall des § 125 Abs. 2 gegen jede beliebige Person in feindseliger Weise vorgehen, ohne daß es sich hierbei um intensive Maßnahmen zu handeln braucht. Es scheint also kein Grund zu bestehen, für den Tatbestand des § 122 Abs. 3, der den §§ 115 Abs. 2 und 125 Abs. 2 ähnlich ist, etwas Abweichendes anzunehmen und ihn auf erhebliche Einwirkungen gegenüber dem Haftpersonal zu beschränken. Dieser Schluß verliert aber seine Überzeugungskraft, wenn man bedenkt, daß der Richter bei den §§ 115 Abs. 2 und 125 Abs. 2 im Fall mildernder Umstände - und dazu gehört die geringe Intensität der Tat ²⁾ - auf den Strafrahmen des Grundtatbestandes zurückgreifen, d. h. auf Ge-

1) Bedenken gegen dieses Verfahren meldet auch PAWLIK in einer Anmerkung zu der Entscheidung des Bundesgerichtshofs an, NJW 1966, 989. Entgegen der im Text vertretenen Ansicht hält er aber wohl eine Korrektur des § 122 Abs. 3 nicht für erforderlich.

2) SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 57 vor § 13; SCHWARZ-DREHER Vorb. A a zu § 13

fängnisstrafe erkennen kann. Das Fehlen einer derartigen Regelung bei § 122 Abs. 3 könnte auf die Absicht des Gesetzgebers hindeuten, § 122 Abs. 3 solle nur Gewaltakte von einem gewissen Gewicht erfassen.

Die Entstehungsgeschichte der §§ 115, 122 und 125 gibt hierfür jedoch keinen Anhaltspunkt, ebensowenig wie sie andererseits Hinweise dafür bietet, weshalb nicht die Möglichkeit geschaffen wurde, im Rahmen des § 122 Abs. 3 mildernde Umstände in gleichem Umfang wie bei den §§ 115 Abs. 2 und 125 Abs. 2 zu berücksichtigen. Die Entwürfe zum Preußischen Strafgesetzbuch und das Preußische Strafgesetzbuch selbst sahen für alle drei Tatbestände lediglich Zuchthausstrafe vor. Auch der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund vom 12. Juli 1869 brachte in dieser Beziehung keine Änderung. Erstmals in dem Entwurf vom 31. Dezember 1869 wurde, um unsachgerechte Härten bei der Bestrafung zu vermeiden, bei den Vorschriften des Aufruhrs und Landfriedensbruchs die in das Reichsstrafgesetzbuch übernommene Privilegierung mildernder Umstände geschaffen. Für das Delikt der Gefangenenmeuterei wurde dagegen die Möglichkeit einer derartigen Regelung, soweit ersichtlich, überhaupt nicht erörtert. Es gibt demnach keinen Anhaltspunkt dafür, daß der unterschiedlichen Ausgestaltung der §§ 115 Abs. 2 und 125 Abs. 2 einerseits und des § 122 Abs. 3 andererseits eine bestimmte Vorstellung des Gesetzgebers zugrundeliegt.

Es sind auch keine Gesichtspunkte erkennbar, die eine unterschiedliche Behandlung der Strafmilderungsmöglichkeit in den genannten Vorschriften rechtfertigten. Die Meuterei Gefangener ist, wie die übereinstimmende Strafdrohung der §§ 115 Abs. 1, 122 Abs. 1 und 2 und 125 Abs. 1 zeigt, nicht strafwürdiger als Aufruhr oder Landfriedensbruch. Dafür dem gewalttätigen Teilnehmer die in §§ 115 Abs. 2 und 125 Abs. 2 vorgesehene Vergünstigung im Fall des § 122 Abs. 3 zu versagen, bestünde deshalb nur dann eine Berechtigung, wenn die ratio legis der genannten Vorschriften verschieden wäre. Das trifft jedoch nicht zu. Die Strafschärfung des § 122 Abs. 3 beruht auf dem Gedanken, daß derjenige Gefangene, der Gewalttätigkeiten verübt, eine besondere Gefahr für die durch § 122 geschützte Anstaltsordnung darstellt. Der Grund hierfür ist einmal darin zu sehen, daß der Gewalttäter das Vorhaben der Rote zur Ausführung bringt, zum anderen, daß er durch sein Verhalten die anderen Beteiligten zu weiteren Gewaltakten anreizt. Diese beiden Gesichtspunkte sind auch die Ursache der strengeren Strafdrohung für diejenigen Teilnehmer eines Aufruhrs oder Landfriedensbruchs, die die in §§ 115 Abs. 2 und 125 Abs. 2 beschriebenen Handlungen vornehmen. Die zu § 122 Abs. 3 angestellten, vom Wesen der Zusammenrottung ausgehenden Überlegungen gelten in gleichem Umfang für die §§ 115 Abs. 2 und 125 Abs. 2.

Läßt sich demnach für den unterschiedlichen Strafraum keine Erklärung finden, so bestehen dennoch gegen den vom Bundesgerichtshof eingeschlagenen Weg, um die auf tretenden Unbilligkeiten zu vermeiden, Bedenken.

Die Lösung des Bundesgerichtshofs führt dazu, die Meuterer günstiger zu stellen als die Teilnehmer eines Aufruhrs und Landfriedensbruchs. Während für die Meuterer eine unbedeutende Gewalttätigkeit ein Vergehen darstellte, da nur § 122 Abs. 1 in Betracht käme, wäre die gleiche Handlung für die am Aufruhr und Landfriedensbruch Beteiligten ein Verbrechen. Es stünde lediglich im Ermessen des Richters, falls er das Vorliegen mildernder Umstände bejaht, auf Gefängnisstrafe zu erkennen.

Das hätte zur Folge, daß im Fall des § 122 der Versuch straflos und § 49 a unanwendbar bliebe, in den Fällen der §§ 115 Abs. 2 und 125 Abs. 2 dagegen die §§ 43 und 49 a zur Anwendung kämen ¹⁾.

Da für eine derartige Bevorzugung der Meuterer kein Grund ersichtlich ist, bietet eine geeignete Lösung des Problems allein eine entsprechende Anwendung der in den §§ 115 Abs. 2 und 125 Abs. 2 vorgesehenen Strafmilderungsmöglichkeit bei § 122 Abs. 3. Gegen die generelle Zulässigkeit einer solchen Analogie bestehen keine Bedenken ²⁾. Auch die für die Annahme einer Analogie im Einzelfall erforderliche Rechtsähnlichkeit der in Betracht kommenden Vorschriften ist, wie ausgeführt, bei den §§ 122 Abs. 3, 115 Abs. 2 und 125 Abs. 2 gegeben.

3. Die Begehung mit vereinten Kräften

Während § 122 Abs. 1 und 2 ausdrücklich verlangt, daß die dort genannten Handlungen mit vereinten Kräften begangen worden sind, enthält § 122 Abs. 3 keinen Hinweis dafür, ob dieses Erfordernis auch Voraussetzung für die Erfüllung der Qualifikation ist. Geht man vom Gesetzeswortlaut aus, so müßte jede Gewalttätigkeit eines meuternden Gefangenen eine Bestrafung aus § 122 Abs. 3 nach sich ziehen. Eine von den Beteiligten gebilligte oder von ihnen gemeinsam ausgeführte Tat wäre nicht notwendig. Auch derjenige Gefangene, der entgegen der Verabredung und dem Willen der übrigen Teilnehmer eine Gewalttätigkeit gegen einen Anstaltsbeamten verübt, fiel unter die Strafschärfung des § 122 Abs. 3. Man denke an den Fall, daß die Meuterer beschlossen hatten, den sie beaufsich-

1) Über die Anwendbarkeit der §§ 43 und 49 a s. unten S. 92 ff, 97 ff.

2) Vergl. z.B. SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 18 vor § 2. "Eine analoge Anwendung ist möglich bei Strafmilderungs- und Strafausschließungsgründen." Ebenso WELZEL Lb S. 21

tigenden Wärter lediglich durch Drohungen zu nötigen, ihnen beim Ausbruch behilflich zu sein; dennoch schlägt einer von ihnen den Wärter nieder.

Für einen in dieser Weise erweiterten Anwendungsbereich des § 122 Abs. 3 gegenüber § 122 Abs. 1 tritt BINDING¹⁾ ein. Er erörtert die Frage zwar im Rahmen des § 125 Abs. 2, der die gleiche Problematik enthält, verweist aber bei § 122 auf seine Ausführungen zu § 125. Er begründet seine Auffassung mit der Erwägung, daß es für die Strafbarkeit des Gewalttäters keinen Unterschied machen könne, ob er allein, sozusagen auf eigene Faust, oder in Übereinstimmung mit den übrigen Teilnehmern gehandelt habe.

Demgegenüber nimmt das Reichsgericht²⁾, ebenfalls für den Fall des Landfriedensbruchs, an, § 125 Abs. 2 müsse einschränkend ausgelegt und das Tatbestandsmerkmal "mit vereinten Kräften" ergänzt werden. § 125 Abs. 2 bedrohe mit strengerer Strafe "die Rädelsführer", d.h. die Anführer der Menschenmenge des § 125 Abs. 1, welche die im Gesetz beschriebenen Gewalttaten mit vereinten Kräften begangen habe. Schon diese Verknüpfung beider Absätze beweiße, daß § 125 Abs. 2 nicht losgelöst von § 125 Abs. 1, sondern nur im Zusammenhang mit diesem gesehen werden könne. Eine andere Betrachtungsweise liefe den Absichten des Gesetzgebers zuwider. § 125 Abs. 2 stelle eine Einschränkung gegenüber § 125 Abs. 1 dar. Während für § 125 Abs. 1 jede Gewalttätigkeit gegen Sachen genüge, bestrafe § 125 Abs. 2 nur das Plündern, Vernichten oder Zerstören. Erfasse § 125 Abs. 2 dennoch Taten, die nicht unter § 125 Abs. 1 zu subsumieren seien, ginge er also über dessen Anwendungsbereich hinaus, so würden die im Gesetz eindeutig zum Ausdruck gekommenen Intentionen des Gesetzgebers mißachtet. Schließlich erscheine es auch unbillig, denjenigen Teilnehmer mit der strengen Strafe des § 125 Abs. 2 zu belegen, der allein ohne Unterstützung der Menge Sachen von ganz geringem Wert zerstört habe.

Der einschränkenden Auslegung des Reichsgerichts ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Begründung des Reichsgerichts überzeugt allerdings nicht völlig. Eine Stellungnahme zu allen drei in der Entscheidung herangezogenen Gesichtspunkten erübrigt sich aber, weil die erste und dritte Überlegung wegen der unterschiedlichen Fassung der §§ 125 Abs. 2 und 122 Abs. 3 zur Lösung des Problems im Rahmen des § 122 Abs. 3 nicht geeignet sind. Lediglich die zweite Überlegung ließe sich für § 122 Abs. 3 verwenden; denn ebenso wie § 125 Abs. 2 nur

1) BT II 2 S. 890 und 595 Anm. 4

2) RGSt 47, 180. Dem Reichsgericht folgen im Schrifttum OLSHAUSEN Anm. 3 zu § 125; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 15 zu § 125; WERNER LK Anm. IV zu § 125. Im Rahmen des § 122 Abs. 3 wird zu der Frage, von BINDING abgesehen (BT II 2, S. 595 Anm. 4), keine Stellung genommen.

bestimmte Ausführungshandlungen des § 125 Abs. 1 unter Strafe stellt, bezieht sich auch § 122 Abs. 3 nur auf den tätlichen Angriff, den Widerstand und die Nötigung mit Gewalt, nicht dagegen auf die in § 122 Abs. 1 ebenfalls genannte Drohung. Allein aus dieser Beschränkung folgt jedoch nicht zwingend, der Anwendungsbereich der §§ 122 Abs. 3 und 125 Abs. 2 dürfe nicht über den der §§ 122 Abs. 1 und 125 Abs. 1 hinausgehen. Der Nichtaufnahme des Merkmals "mit vereinten Kräften" könnte durchaus die Vorstellung des Gesetzgebers zugrunde liegen, daß es für die Strafbarkeit des Gewalttäters, wie BINDING ¹⁾ behauptet, keinen Unterschied machen solle, ob er mit oder ohne Billigung der Rotte gehandelt habe, da §§ 122 Abs. 3 und 125 Abs. 2 ohnehin nur ein intensives Vorgehen mit Strafe bedrohten. Die Entstehungsgeschichte der §§ 122 Abs. 3 und 125 Abs. 2, desgleichen übrigens des § 115 Abs. 2 gibt jedoch keinen Anhaltspunkt dafür, weshalb in den genannten Vorschriften der Begriff der "Begehung mit vereinten Kräften" nicht enthalten ist.

Ob Bindings Annahme gerechtfertigt ist, läßt sich deshalb nur an Hand der ratio legis der §§ 115 Abs. 2, 122 Abs. 3 und 125 Abs. 2 beantworten. Dabei soll im folgenden allein zu dem hier interessierenden § 122 Abs. 3 Stellung genommen werden.

§ 122 Abs. 3 bestraft, wie dargelegt, den Gefangenen, der Gewalttätigkeiten verübt, deshalb verschärft, weil er das Vorhaben der Meuterer zur Ausführung bringt und durch sein Verhalten gleichzeitig die übrigen Beteiligten zu weiteren Gewaltakten anreizt. Der letztgenannte Gesichtspunkt spricht dafür, die Strafschärfung bei Vornahme jeder Gewalttätigkeit eines Rottierers eingreifen zu lassen; denn auch Gewaltakte, mit denen die Meuterer ursprünglich nicht einverstanden waren, können auf sie eine aufreizende Wirkung ausüben. Demgegenüber ist aber zu berücksichtigen, daß derjenige Gefangene, der "auf eigene Faust" handelt, durch seine Tätigkeit nicht den von den Rottierern gefaßten Plan zur Ausführung bringt. Diese Überlegung verdient den Vorrang. Die Gefährdung der Anstaltsordnung beruht entscheidend auf dem Umstand, daß die Gewaltakte mit vereinten Kräften begangen werden, der Gewalttäter entsprechend den Vorstellungen der Rotte vorgeht. Gerade die Übereinstimmung bezüglich der zu verübenden Ausschreitungen ist neben der räumlichen Vereinigung der Meuterer kennzeichnend für die Meuterei. Diese beiden Voraussetzungen machen das Wesen des Delikts aus. Der Gefangene, der gegen den Willen der anderen Teilnehmer Gewalttätigkeiten begeht, beeinträchtigt deshalb durch sein Verhalten das Schutzobjekt des Tatbestandes der Gefangenenmeuterei nicht.

1) BT II 2 S. 595 Anm. 4 und 890

II. MITTÄTERSCHAFT UND MITTELBARE TÄTERSCHAFT BEI § 122 ABS. 3

Das Problem, welche Voraussetzungen für die Annahme der Täterschaft des § 122 Abs. 3 aufzustellen sind, ist bis heute nicht geklärt. Übereinstimmung besteht in Rechtsprechung und im Schrifttum nur darüber, daß eine unbegrenzte Anwendung des § 47 abzulehnen ist. Die Notwendigkeit einer Einschränkung des § 47 folgt aus der Systematik des § 122. § 122 Abs. 1 erfordert eine Zusammenrottung und eine Begehung der dort genannten Handlungen mit vereinten Kräften. Als Täter des § 122 Abs. 1 kommt daher nur derjenige Gefangene in Betracht, der in der Zusammenrottung anwesend ist und der, sofern er den Angriff etc. gegenüber dem Haftpersonal nicht selbst ausführt, das Tatbestandsmerkmal der Begehung mit vereinten Kräften dadurch erfüllt, daß er die Meuterer, die die von der Rote geplanten Ausschreitungen begehen, körperlich oder psychisch unterstützt.

Fänden deshalb die Regeln über die Mittäterschaft bei § 122 Abs. 3 uneingeschränkt Anwendung, dann wären die Täter des § 122 Abs. 1, da § 122 Abs. 3 ebenfalls ein Handeln mit vereinten Kräften voraussetzt, gleichzeitig Mittäter zu § 122 Abs. 3, falls gegen das Haftpersonal Gewalttätigkeiten verübt werden. § 122 Abs. 1 verlöre bezüglich der Begehungsformen des Angriffs, des Widerstandes und der Nötigung mit Gewalt, aus denen sich der Begriff der Gewalttätigkeit zusammensetzt, seine Bedeutung. In diesen Fällen griffe stets § 122 Abs. 3 ein, ein zweifellos unhaltbares Ergebnis.

Der Streit über die Grenzen der Täterschaft geht demzufolge allein um die Frage, ob nur diejenigen Meuterer, die in eigener Person Gewalttätigkeiten verübt haben oder ob darüber hinaus unter bestimmten eng zu begrenzenden Voraussetzungen auch andere Gefangene als Täter des § 122 Abs. 3 bestraft werden können.

1. Der Ausschluß nicht eigenhändiger Mittäterschaft und die Strafbarkeit mittelbarer Täterschaft

Für den Ausschluß des § 47 im Fall nichteigenhändiger Mittäterschaft treten FR. CHR. SCHROEDER ¹⁾ und im Anschluß an ihn neuerdings SCHRÖDER ²⁾ ein. Dagegen bejahen sie aus Strafwürdigkeitserwägungen die Strafbarkeit mittel-

1) NJW 1964, 1114

2) SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 11 zu § 122

barer Täterschaft. Wie Fr. Chr. Schroeder zugibt, ist diese Auffassung mit der heute geltenden Strafrechtsdogmatik nicht zu begründen.

Die überwiegende Meinung ¹⁾ sieht in der Mittäterschaft einen Fall der mittelbaren Täterschaft; denn der Tatanteil eines jeden Mittäters werde den anderen Beteiligten als eigener zugerechnet, und diese Zurechnung sei mit der Verantwortlichkeit des mittelbaren Täters für das Verhalten seines Werkzeuges vergleichbar.

Auch die abweichende Auffassung WELZELS ²⁾ rechtfertigt die Ansicht Fr. Chr. Schroeders nicht. Für Welzel unterscheiden sich mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft nur dadurch, daß bei der Mittäterschaft im Gegensatz zur mittelbaren Täterschaft die Tatherrschaft nicht bei einem einzelnen liegt, sondern alle Mittäter zusammen die Tatherrschaft innehaben.

Fr. Chr. Schroeder greift deshalb zur Begründung seiner Auffassung auf eine früher, insbesondere von BIRKMEYER ³⁾ vertretene Lehre zurück, die § 47 nicht als Form der Täterschaft, sondern der Teilnahme versteht und damit Einzeltäterschaft, mittelbare Täterschaft und eigenhändige Mittäterschaft der nicht-eigenhändigen Mittäterschaft und den "übrigen" Teilnahmeformen gegenüberstellt.

Auf diese Ansicht im Rahmen des § 122 Abs. 3 zurückzugreifen, besteht kein Anlaß, weil bereits der Ausgangspunkt Fr. Chr. Schroeders, der mittelbare Täter sei strafwürdiger als der Mittäter, keine Zustimmung verdient. Daß dies generell nicht zutrifft, folgt daraus, daß das Gesetz für den mittelbaren Täter keinen strengeren Strafraum vorsieht als für den Mittäter. Hält man daher den Gesichtspunkt der Strafwürdigkeit für den Ansatzpunkt zur Lösung des Problems der Täterschaft zu § 122 Abs. 3, so müßte im Einzelfall untersucht werden, ob der Gefangene, der den Gewaltakt durch ein nicht verantwortliches Werkzeug ganz oder teilweise ausführen läßt, verwerflicher handelt als ein Gefangener, der die gleiche Tat gemeinsam mit einem Mittäter begangen hätte. Die Anwendbarkeit des § 122 Abs. 3 würde damit von einem Umstand abhängen, der, wie ROXIN ⁴⁾ in Zusammenhang mit der Frage nach der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme treffend bemerkt, alle Abgrenzungen im Unbestimmten verschwimmen läßt und am Ende unmöglich macht.

1) RGSt 58, 279; 66, 240; OLG Bremen GRUR 1956, 230; KOHLRAUSCH-LANGE Vorb. I C vor § 47; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 43 vor § 47; BINDING, Abhandlungen I S. 300

2) Lb S. 96; ZStW Bd. 58, 549

3) S. 83 ff.

4) S. 30

2. Die Strafbarkeit nicht-eigenhändiger Mittäterschaft

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs ¹⁾ befürwortet die Anwendbarkeit des § 47 in beschränktem Umfange auch für diejenigen Meuterer, die nicht in eigener Person Gewalttätigkeiten verübt haben. Er verwarf die noch vom 4. Strafsenat ²⁾, wenn auch beiläufig, vertretene Auffassung, Voraussetzung der Täterschaft zu § 122 Abs. 3 sei die eigenhändige Begehung von Gewaltakten, und erklärte auch den Meuterer aus § 122 Abs. 3 für strafbar, der mit dem Gewalttäter so eng zusammenwirkt, daß er sich dessen Handeln als eigene Tat zurechnen lassen muß. Als Ausgangspunkt seiner Entscheidung diente dem 5. Strafsenat das Urteil des 3. Strafsenats ³⁾, das Anstiftung zu § 122 Abs. 3 für strafbar erachtete. Dieser Strafsenat hatte seine Ansicht mit der Erwägung begründet, es bestehe kein Anlaß dafür, den Meuterer, der über die bloße Teilnahme an der Zusammenrottung hinausgehe, von der Strafdrohung des § 122 Abs. 3 zu verschonen. Der 5. Strafsenat entwickelte den Gedanken des 3. Strafsenats weiter und meinte, wenn schon die Anstiftung zu § 122 Abs. 3 nicht durch die Beteiligung an der Meuterei konsumiert werde, so könne dies erst recht nicht gelten, wenn ein Gefangener als Mittäter an dem Gewaltakt teilnehme.

Für die Auffassung des 5. Strafsenats sprechen vor allem Billigkeitserwägungen. Der vom Bundesgerichtshof entschiedene Fall bot ein überzeugendes Beispiel dafür, daß es äußerst unbillig sein kann, nur den wirklichen Gewalttäter mit der Strafschärfung des § 122 Abs. 3 zu belegen.

Die Strafbarkeit nicht-eigenhändiger Mittäterschaft in den vom 5. Strafsenat gezogenen Grenzen steht auch nicht mit der Systematik des § 122 in Wider-

1) BGHSt 12, 129; ebenso im Anschluß an den Bundesgerichtshof SCHWARZ-DREHER Anm. 5 zu § 122. Nicht ganz eindeutig BLEI in MEZGER-BLEI BT S. 275, "wenn nicht überhaupt eine Ausübung der Gewalttätigkeit mit eigenen Händen zur Anwendbarkeit des § 122 Abs. 3 erforderlich ist, so bedarf es doch jedenfalls einer "qualifizierten" Beteiligung am Gewaltakt als solchem Unbedenklich ist danach die Auffassung des BGH (BGHSt 12, 129), das als Mittäter der Strafdrohung des Abs. 3 derjenige Meuterer unterliegt, der mit dem die Gewalttätigkeit persönlich verübenden Kumpanen so eng zusammenwirkt, daß sich diese auch als sein Werk darstellt."

2) BGHSt 5, 344

3) BGHSt 8, 294. Dazu unten S. 88

spruch. Die Auffassung des Reichsgerichts ¹⁾ und MAURACHS ²⁾, die Systematik des § 122 erfordere zwingend die Eigenhändigkeit des § 122 Abs. 3, trifft nicht zu. § 122 Abs. 1 behält nach der Lösung des 5. Strafsenats für die Alternativen des Angriffs, des Widerstandes und der Nötigung mit Gewalt durchaus seine Bedeutung. Der Grundtatbestand bleibt für diejenigen zusammengerotteten Gefangenen anwendbar, die sich auf eine psychische Unterstützung der handelnden Meuterer beschränken.

Diese beiden Gesichtspunkte allein rechtfertigen jedoch die Auffassung des 5. Strafsenats nicht. Die vom Bundesgerichtshof getroffene Grenzziehung zwischen strafloser und strafbarer nicht-eigenhändiger Mittäterschaft hängt vielmehr entscheidend von der Beantwortung der Frage ab, ob § 122 Abs. 3 ein eigenhändiges Delikt darstellt. Denn handelte es sich bei § 122 Abs. 3 um eine eigenhändige Straftat, dann käme Mittäterschaft ³⁾ nur für diejenigen Gefangenen in Betracht, die die im Gesetz beschriebenen Tatbestandshandlung in eigener Person ausführen.

3. § 122 Abs. 3 als eigenhändiges Delikt

Für die Annahme der Eigenhändigkeit des § 122 Abs. 3 trat insbesondere das Reichsgericht ⁴⁾ ein. Es stützte seine Ansicht zunächst auf die Entstehungs-

1) RGSt 69, 293

2) BT S. 618

3) Daß Mittäterschaft bei eigenhändigen Delikten überhaupt ausgeschlossen ist, weil Täter nur sein könne, wer die Tatbestandshandlung selbst ausführe, daher der Begriff der Mittäterschaft überflüssig sei (so z. B. Schwarz-Dreher Anm. 1 A zu § 47), erscheint nicht zutreffend. A. A. zu Recht BGHSt 6, 227; 15, 133; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 1 und 10 zu § 47. Richtig ist zwar, daß es in diesen Fällen der Vorschrift des § 47 an sich nicht bedarf, weil jeder Handelnde auf Grund seines Verhaltens schon Alleintäter ist. Es besteht aber kein Grund, weshalb nicht dennoch von Mittäterschaft gesprochen werden soll, wenn die Beteiligten nach gemeinsamem Plan in eigener Person die Deliktsvoraussetzungen erfüllen.

4) RGSt 69, 289; ebenso BGHSt 5, 344; SCHÖNKE-SCHRÖDER 10. Aufl. Anm. 11 zu § 122; WERNER LK Anm. VI zu § 122; MAURACH BT S. 618. Maurach vertritt sogar die Auffassung, § 122 Abs. 3 stelle in doppelter Hinsicht ein eigenhändiges Verbrechen dar, weil für eine Verurteilung nicht nur die Verübung von Gewalttätigkeiten, sondern auch die Gefangeneneigenschaft Voraussetzung sei. Das ist terminologisch ungenau. Das Erfordernis der Gefangeneneigenschaft ist terminologisch ungenau. Das Erfordernis der Gefangeneneigenschaft ist terminologisch ungenau.

geschichte des § 122. Die Strafschärfung des § 85 Abs. 2 des Entwurfs eines Preußischen Strafgesetzbuchs von 1850 habe nach der Begründung des Entwurfs nur für diejenigen Meuterer zur Anwendung kommen sollen, die selbst Gewalttätigkeiten begangen hatten. Aus der Tatsache, daß § 85 unverändert als § 96 in das Preußische Strafgesetzbuch übernommen wurde, schloß das Reichsgericht, auch der Gesetzgeber des Preußischen Strafgesetzbuchs sei der Meinung gewesen, § 96 Abs. 2 stelle ein eigenhändiges Delikt dar. Für eine abweichende Vorstellung des Gesetzgebers des Reichsstrafgesetzbuchs seien keine Anhaltspunkte vorhanden. Zwar habe § 122 Abs. 3 gegenüber § 96 Abs. 2 Pr.StGB einige Änderungen erfahren; die für die vorliegende Frage entscheidenden Worte "Diejenigen ..., welche Gewalttätigkeiten ... verüben ..." seien aber unverändert geblieben.

Das Reichsgericht verwies zur Rechtfertigung seiner Auffassung außerdem auf die ratio legis des § 122 Abs. 3. Der Grund der strengeren Strafdrohung für den gewalttätigen Meuterer bestehe darin, daß er die größte Gefahr für die durch § 122 geschützte Anstaltsordnung darstelle. Erfahrungsgemäß sei einer Zusammenrottung so lange nicht sonderlich gefährlich, wie die Rottierer ihre Erregung lediglich durch Worte zum Ausdruck brächten. Beginne aber ein Teilnehmer mit der Vornahme von Gewalttätigkeiten, so werde dadurch der Mut der übrigen derart gesteigert, daß auch bei ihnen die Gefahr gewalttätigen Handelns gegeben sei. Diese aufreizende Wirkung gehe in der Regel nur von denjenigen Meuterern aus, die in eigener Person Gewaltakte verübten. Folglich treffe der Grund der Strafschärfung auch nur auf sie zu.

Für die Beantwortung der Frage, ob die Ansicht des Reichsgerichts zutreffend ist, bedarf es zunächst der Untersuchung, welche Kriterien für die Annahme eines eigenhändigen Delikts zu fordern sind.¹⁾

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 69:

eigenschaft hat lediglich zur Folge, daß § 122 zu den Sonderstraftaten gehört und ist mit der Frage der Eigenhändigkeit der Tatbestandsausführung nicht zu verwechseln. Für Eigenhändigkeit des § 122 Abs. 3 weiter NIETHAMMER BT S. 30; H. MAYER JZ 1956, 435; SCHMITT JuS 1961, 25

- 1) Die Existenz eigenhändiger Delikte wird heute zu Recht fast nirgends mehr geleugnet. Ihr letzter namhafter Gegner war EB. SCHMIDT, Frank Festgabe II S. 119 (128/129). Neuerdings versucht FRÜHAUF, Eigenhändige Delikte, das Bestehen einer derartigen Deliktskategorie zu widerlegen. Ebenso auch ROEDER ZStW 1957, 249 ff. und PIOTET ZStW 1957, 39 ff. Auf die vorgetragenen Argumente einzugehen, ginge über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinaus.

a. Kriterien der Eigenhändigkeit in Rechtsprechung und Schrifttum

Eine im Schrifttum häufig vertretene Meinung ¹⁾ stellt bei der Abgrenzung zwischen eigenhändigen und nicht-eigenhändigen Straftaten auf den Gesetzeswortlaut der einzelnen Vorschriften ab. Sie hält ein eigenhändiges Delikt dann für gegeben, wenn sich nach dem Wortsinn der Strafbestimmung von einem noch so intensiv wirkenden Außenstehenden nicht mehr behaupten lasse, er habe die im Tatbestand beschriebene Handlung vorgenommen. So könne z.B. als Täter nicht angesehen werden, wer einen Unverantwortlichen veranlasse, "an einer verbotenen Verbindung teilzunehmen", "sich mit unverwahrtem Licht einer Scheune zu nähern", "eine Uniform etc. zu tragen", "als Landstreicher umherzuziehen", "über Gärten, Weinberge usw. zu gehen, fahren, reiten oder Vieh zu treiben". ²⁾

Dieser sogenannten "Wortlauttheorie" ³⁾ neigt auch der Bundesgerichtshof zu, wenn er meint ⁴⁾, "daß die Eigenhändigkeit der Straftaten wesentlich von der Fassung (der Tatbestände) durch den Gesetzgeber abhängt". Mit Hilfe des Gesetzestextes trifft er feine Unterscheidungen bezüglich der Eigenhändigkeit der §§ 176 Abs. 1 Nr. 2 und 177 Abs. 1 1. Hbs. So vertritt der Bundesgerichtshof im Fall des § 176 Abs. 1 Nr. 2 die Auffassung ⁵⁾, das Mißbrauchen zum außerehelichen Beischlaf könne "nach dem Sinn, den die Sprache mit diesem Ausdruck verbindet, nur bedeuten: den Beischlaf selbst vollziehen." § 177 Abs. 1, 1. Hbs. dagegen hält er für eine nicht eigenhändige Straftat ⁶⁾. Das Gesetz lasse zwar erkennen, daß das entscheidende Unrecht der Tat in einem Handeln bestehe. Es sei dem Gesetz aber nicht zu entnehmen, daß der Täter persönlich handeln müsse.

Bereits über die Grenzen einer am Gesetzeswortlaut ausgerichteten Auslegung geht das OLG Celle ⁷⁾ hinaus, wenn es die Eigenhändigkeit des § 177 Abs. 1, 2. Hbs. mit der Überlegung rechtfertigt, das Gesetz lege hier den Nachdruck nicht auf den mit "nachdem" eingeleiteten Neben-, sondern auf den Hauptsatz, der die Vollziehung des Beischlafs voraussetze.

1) H. MAYER AT S. 309; BELING GS 101, 6, 7, 9; ENGELSING S. 30, 48; HÖPFNER ZStB 22, 211 ff.; MÜLLER S. 34 ff.; WOLFF S. 182 u. 187 ff.

2) ENGELSING S. 48

3) Diese Bezeichnung stammt von FRÜHAUF S. 19 und ist von ROXIN übernommen worden, S. 402

4) BGHSt 6, 227

5) BGHSt 15, 133

6) BGHSt 6, 226

7) NJW 1961, 1079

Der andere Gesichtspunkt, der bei der Frage nach der Abgrenzung von eigenhändigen und nicht-eigenhändigen Straftaten immer wieder herangezogen wird, beruht auf der Unterscheidung der Strafbestimmungen in Tätigkeits- und Erfolgsdelikte. Nur bei der letztgenannten Deliktskategorie ist für die Vertreter der sogenannten "Körperbewegungstheorie" ¹⁾ der allgemeine Täterbegriff maßgebend. ²⁾ Die Tätigkeitsdelikte sollen dagegen lediglich eigenhändig verwirklicht werden können; denn knüpfe der Gesetzgeber die Strafe allein an ein Verhalten, so komme als Täter nur der in Betracht, der selbst, in eigener Person die inkriminierte Tätigkeit begangen habe.

Die vom Reichsgericht ³⁾ in einer zu § 243 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alternative ergangenen Entscheidung vertretene "Intensitätstheorie" ⁴⁾ hat dagegen kaum Anhänger gefunden. Das Reichsgericht nahm hier Eigenhändigkeit mit der Begründung an, daß nur der Einsteigende selbst "den intensiv rechtswidrigen Willen, dessen Bezeugung des Gesetz verlangt", betätige.

b. Auseinandersetzung mit den dargestellten Kriterien

Gegen den vom Reichsgericht angeführten Gesichtspunkt hat ROXIN ⁵⁾ eingewandt, daß alle Qualifikationstatbestände eigenhändige Delikte darstellten, wenn die Überlegung des Reichsgerichts zutreffend wäre. Ein Grund dafür, daß nur bei einigen erschwerenden Umständen einer Tathandlung den "intensiv rechtswidrigen Willen" allein derjenige zum Ausdruck bringen könne, der die Tatbestandsmerkmale in eigener Person verwirkliche, lasse sich nicht finden. Ob Roxins Ansicht in dieser Allgemeinheit Zustimmung verdient, kann dahingestellt bleiben. Die Erwägung des Reichsgerichts ist als Abgrenzungskriterium schon deshalb nicht zu verwenden, weil sie viel zu unbestimmt ist, um zur Klärung des Problems beitragen zu können. Sie läßt jeden Anhaltspunkt dafür vermissen, welche Gesichtspunkte für die Untersuchung von Bedeutung sein sollen, ob den "intensiv rechtswidrigen Willen" nur der in eigener Person Handelnde oder auch ein Hintermann zeigen kann.

1) So von ROXIN S. 405 treffend bezeichnet

2) FRANK Vorb. II vor § 47; KOHLRAUSCH-LANGE Vorb. I 2 vor § 47; BELING, Die Lehre vom Verbrechen, S. 203, 225, 226, 234; v. WEBER Grundriß S. 67; ENGELSING S. 50. In der Rechtsprechung taucht dieser Gedanke in den Entscheidungen OGHSt 1, 304 und KG JR 1956, 151 auf.

3) RGSt 24, 86; zustimmend HEGLER, RG Praxis Bd. 5 S. 314 Anm. 5

4) Diese Bezeichnung stammt von ROXIN S. 409

5) S. 410

Die Wortlaut- und Körperbewegungstheorie enthalten dagegen brauchbare Ansatzpunkte.

Die "Wortlauttheorie" geht völlig zu Recht davon aus, daß die Frage, ob Täter einer Vorschrift nur derjenige sei, der die Tatbestandshandlung in eigener Person ausführt, allein durch Auslegung der einzelnen Strafbestimmungen zu beantworten ist. Der Mangel, der ihr anhaftet, besteht in der Überbewertung des Gesetzestextes. Der grammatikalischen Interpretation kommt, wie MAURACH ¹⁾ in einer Anmerkung zu dem oben erwähnten Urteil des OLG Celle richtig feststellt, als Auslegungsmethode nur letzttrangige Bedeutung zu, die stets zweifelhafte Ergebnisse bringt, solange nicht die Gesetzesteleologie als entsprechender Gesichtspunkt bei der Auslegung berücksichtigt wird. Diese Erkenntnis gilt für das Eigenhändigkeitsproblem umso mehr, als es weitgehend eine Frage des Sprachgefühls des einzelnen ist, ob er emint, die Tatbestandsformulierung treffe auch für das Verhalten eines Hintermannes zu. Stellt man einseitig auf den Sprachgebrauch des täglichen Lebens ab, so müßte, worauf ROXIN ²⁾ zu Recht hinweist, außerdem feststehen, daß sich der Gesetzgeber an das binden wollte, was man üblicherweise sagt oder gerade noch sagen könnte. Eine solche Annahme lehnt ROXIN ³⁾ zutreffend einmal wegen der Mannigfaltigkeit der sprachlichen Ausdrucksweise und zum anderen deshalb ab, weil "ein Sprachgebrauch sich nicht im Hinblick auf die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bildet, sondern durchaus anderen Entwicklungstendenzen folgt, deren Resultat keinen Schlüssel für die Lösung juristischer Detailfragen bietet".

Den brauchbaren Gedanken, den die "Körperbewegungstheorie" zu dem Problem der eigenhändigen Straftaten beigetragen hat, besteht darin, daß derartige Tatbestände zumindest in der Regel innerhalb der Tätigkeitsdelikte zu finden sind. Die Erfolgsdelikte scheiden grundsätzlich aus. Bei ihnen besteht der Unrechtsgehalt der Tat in der Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, der zwar auf der Vornahme einer Handlung beruht, mit ihr jedoch nicht identisch ist. Täter kann deshalb nicht nur derjenige sein, der die Tatbestandshandlung in eigener Person ausführt, sondern auch derjenige, der durch sein Verhalten den Eintritt des im Gesetz geforderten Erfolges in entscheidender Weise steuert.

Bei den Tätigkeitsdelikten führt dagegen bereits die Vornahme der im Gesetz beschriebenen Tatbestandshandlung zur Erfüllung der betreffenden Vorschrift. Knüpft aber der Gesetzgeber die Strafe an ein bloßes Verhalten, so liegt, das muß

1) NJW 1961, 1050

2) S. 404

3) a.a.O.

der Körperbewegungstheorie zugegeben werden, die Annahme nahe, als Hauptfigur des Deliktsvorganges und damit als Täter allein denjenigen anzusehen, der in eigener Person die inkriminierte Handlung begeht.

In dieser Allgemeinheit ist die Schlußfolgerung jedoch nicht zu billigen. Wie ROXIN ¹⁾ zutreffend feststellt, ist die Auffassung nicht gerechtfertigt, daß bei allen Tätigkeitsdelikten der vom Gesetzgeber ins Auge gefaßten Unwertgehalt nur in der persönlichen Vornahme der im Gesetz beschriebenen Tatbestandshandlung besteht. Allein aus dem Umstand, daß der Tatbestand eine bloße Tätigkeit mit Strafe bedroht, folgt dies nicht zwingend, wie Roxin am Beispiel des § 123 nachweist. § 123 fordert als tatbestandsmäßiges Verhalten u. a. ein "Eindringen", also ein schlichtes Tun. Dennoch ist der Strafgrund des § 123 nicht in einer bestimmten körperlichen Tätigkeit wie Schleichen, Kriechen usw. zu sehen, sondern in der Verletzung des Hausrechts. Für die Unrechtsqualität dieser Verletzung aber ist es gleichgültig, ob jemand selbst eindringt oder ob er sich dazu eines Kindes oder eines Geisteskranken bedient. Der Hausrechtsinhaber wird durch das Verhalten des Hintermannes in nicht geringerer Weise beeinträchtigt als im ersten Fall. Die Ansicht der "Körperbewegungstheorie", alle Tätigkeitsdelikte könnten nur eigenhändig verwirklicht werden, ist demzufolge nicht haltbar.

c) Die Ansicht Roxins

ROXIN ²⁾ geht bei der Lösung des Eigenhändigkeitsproblems von der Frage aus, ob es Tatbestände gibt, die ein Verhalten umschreiben, das sich durch einen Hintermann nicht beherrschen läßt oder das sich als Verletzung einer außerstrafrechtlichen Sonderpflicht darstellt. Nur solche Vorschriften könnten eigenhändige Straftaten verkörpern. Derartige Bestimmungen sind seiner Meinung nach im RStGB vorhanden. Er unterscheidet hierbei zwei Deliktsgruppen: die "täterstrafrechtlichen" Vorschriften und die "verhaltensgebundenen Delikte ohne Rechtsgüterverletzung".

Zu der ersten Kategorie zählt er die §§ 181 a, 361 Nr. 3 und 5. Das diesen Tatbeständen gemeinsame Merkmal sieht er darin, daß sie nicht eine bestimmte Handlung, sondern eine persönliche Haltung mit Strafe bedrohen. Nicht eine Tat - z.B. eine genau bezeichnete Annahme des Unzuchterwerbs, ein einmaliges Umherziehen, Müßiggehen oder Spielen - und damit auch nicht ein

1) S. 406, 407

2) S. 410 ff.

"Täter" -, sondern ein Persönlichkeitstyp werde von den genannten Vorschriften erfaßt, den man als den "Asozialen" charakterisieren könne.

Für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme folgt daraus für Roxin: da eine tatbezogene Rechtsgutverletzung fehle, bedürfe es keines Erfolges, so daß der Gesetzgeber sich mit der Beschreibung eines bloßen Tuns begnügen konnte. Die Tätigkeit als äußerer Vorgang mache jedoch andererseits den Unrechtsgehalt der §§ 181 a und 361 Nr. 3 und 5 nicht aus. Für die Zuhälterei müsse ein enges persönliches Verhältnis, eine auf gewisse Dauer angelegte, für das Wesen der Zuhälterei kennzeichnende persönliche Beziehung hinzukommen. Dieses unrechtsbegründende personale Element lasse sich durch einen Hintermann nicht beherrschen. Deshalb scheide die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft und nicht-eigenhändiger Mittäterschaft aus. Das Gleiche gelte für die Landstreicherei, die Trunksucht und den Müßiggang. Auch sie erschöpften sich nicht in einer bestimmten Einzeltat, sondern verlangten eine dauernde Persönlichkeitshaltung. Ein Dritter könne zwar andere zu einer solchen Lebensführung verleiten, er zeige aber nicht die Persönlichkeitshaltung, die der Tatbestand dieser Vorschriften erfordere.

Zu der zweiten Deliktskategorie, den verhaltensgebundenen Straftaten ohne Rechtsgüterverletzung, rechnet Roxin die §§ 173, 175 und 175 b. Die genannten Vorschriften schützen seiner Meinung nach kein bestimmtes Rechtsgut. Unter dem Begriff des Rechtsguts seien nur "abgrenzbare in der Außenwelt verwirklichte und deshalb durch äußeres Handeln zu beeinträchtigende werthafte Zustände", wie beispielsweise Eigentum, Gesundheit und Vermögen zu verstehen. Ein Verstoß gegen die §§ 173, 175 und 175 b verletze allein das sittliche Empfinden. Diesem Begriff fehle aber die "anschaulich-greifbare Zuständigkeit", die Voraussetzung für die Annahme eines Rechtsguts im strafrechtlichen Sinne sei. Die §§ 173, 175 und 175 b stellten lediglich besonders verwerfliche Formen der Unmoral unter Strafe. Der Tatbestand erfasse demnach nicht eine "herrschaftsabhängige Rechtsgüterverletzung", sondern ein "handlungsbedingte Sittenwidrigkeit". Zentralgestalt des Deliktvorganges könne daher nur derjenige sein, der sich selbst in der vom Gesetz beschriebenen Art und Weise unmoralisch verhalte. Für andere Beteiligte komme lediglich eine Bestrafung wegen Anstiftung oder Beihilfe in Betracht.

d) Auseinandersetzung mit der Ansicht Roxins

Bedenken gegen die Ausführungen Roxins bestehen insoweit, als er die Eigenhändigkeit der §§ 173, 175 und 175 b mit der These begründet, diese Vorschriften schützten kein bestimmtes Rechtsgut. Es besteht kein zwingender Grund dafür, den

Begriff des Rechtsguts auf "abgrenzbare in der Außenwelt verwirklichte Zustände" zu beschränken. Auf dieser Stufe "materialistischen Denkens" darf man, wie MEZGER ¹⁾ zutreffend bemerkt, nicht stehen bleiben, sondern man muß das Schutzobjekt als "gedankliches Gebilde" auffassen. Die gegenteilige Ansicht Roxins führte zu dem Ergebnis, daß ein großer Teil der Strafbestimmungen "rechtsgutlos" wäre. Weder der Freiheit der Willensbildung, § 240, noch der Ehre, §§ 185 ff oder der geschlechtlichen Reinheit und Unerfahrenheit von Kindern, § 176 Abs. 1 Nr. 3, ist eine "anschaulich-greifbare Zuständlichkeit" eigen. Wären, wie Roxin annimmt, nur Rechtsgutverletzungen "herrschaftsabhängig", so müßte bei den genannten Vorschriften das Vorliegen eigenhändiger Delikte bejaht werden.

Zutreffend erscheint dagegen die andere Roxins Erörterungen zugrundeliegende Erwägung, die er insbesondere bei der Untersuchung der Eigenhändigkeit der §§ 181 a und 361 Nr. 3 und 5 heranzieht: die Beherrschbarkeit des Deliktsvorganges, die Prüfung ob Mittelpunkt des handlungsmäßigen Geschehens ein außenstehender Dritter sein kann. Das ist in der Tat der Ausgangspunkt, an dem die Lösung des Eigenhändigkeitsproblems anzusetzen hat.

Bei der Frage nach der Zentralgestalt des Deliktsvorganges ist in erster Linie auf das Kriterium der Tatherrschaft abzustellen ²⁾. Sie hat inne, wer den tatbestandsmäßigen Geschehensablauf beherrscht oder mitbeherrscht. Entscheidend hierfür ist, ob der Beteiligte "die Herbeiführung des Gesamterfolges je nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann" ³⁾. Wenn damit auch festgestellt ist, von welcher Überlegung bei der Untersuchung ausgegangen werden muß, so führt die gewonnene Erkenntnis allein noch nicht zur Lösung des Problems. Es fehlt der Bezugspunkt, an dem gemessen werden kann, ob als Inhaber der Tatherrschaft nur der eigenhändig handelnde oder auch ein außenstehender Dritter in Betracht kommt.

WELZEL ⁴⁾ nimmt bei der Beantwortung dieser Frage die Abgrenzung zutreffend danach vor, ob der Unwertgehalt des Tatbestandes nur durch die eigenhändige Vornahme der Ausführungshandlung oder auch durch das Veranlassen der Aus-

1) MEZGER AT S. 106

2) MAURACH AT S. 530 ff.; MEZGER-BLEI AT S. 236 ff.; KOHLRAUSCH-LANGE Vorb. I 4 vor § 47; GALLAS JZ 1960, 649, 686; NIESE JZ 1953, 175; ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft; über weitere Vertreter dieser Auffassung im Schrifttum, vergl. Roxin S. 77 ff.. Auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs taucht dieser Gedanke zuweilen auf, z.B. BGHSt 2, 150; 9, 370; 11, 268; 14, 123

3) MAURACH AT S. 559

4) Lb S. 96; ZStW Bd. 58, 544

führungshandlung erfüllt wird. Besteht das Unrecht der Tat allein oder überwiegend in einem bestimmten Verhalten und nicht in der Herbeiführung eines darüber hinausgehenden Erfolges, so hält Welzel mittelbare Täterschaft und nicht-eigenhändige Mittäterschaft für ausgeschlossen.

Dieser Gesichtspunkt findet sich auch in Entscheidungen des Bundesgerichtshofs. So bedient sich der 2. Strafsenat ¹⁾ zur Charakterisierung eigenhändiger Delikte der These: "Das entscheidende Unrecht liegt nicht in der Herbeiführung eines Erfolges, sondern in einem eigenen verwerflichen Tun". In einem späteren Urteil begründet der 2. Strafsenat ²⁾ die Eigenhändigkeit des § 176 Abs. 1 Nr. 2 mit der Erwägung, daß bei dieser Vorschrift der Handlungsunwert im Vordergrund stehe. Ähnliche Überlegungen verwendet schließlich der 4. Strafsenat ³⁾ in einer zu § 315 a Abs. 1 Nr. 2 ergangenen Entscheidung. Die ratio legis des § 315 a Abs. 1 Nr. 2 sieht er darin, den infolge Genusses geistiger Getränke oder anderer berauschender Mittel fahruntauglichen Verkehrsteilnehmer von der Führung eines Fahrzeuges auszuschließen, weil er für die anderen Verkehrsteilnehmer eine Gefahr bedeute. Daraus folgert der 4. Strafsenat, daß § 315 a Abs. 1 Nr. 2 lediglich eigenhändig verwirklicht werden könne. Denn "diese Gefahr (gemeint ist die Gefahr für die Verkehrsteilnehmer) geht nicht von einem wenn auch aus dem gleichen Grund und in gleichem Maße (wie dem Fahrer) fahruntüchtigen aus, der in dem von dem anderen geführten Fahrzeug nur mitfährt, ohne die Fahrt selbst zu beeinflussen". Entscheidend kommt es bei der Untersuchung, ob eine Vorschrift eine eigenhändige Straftat darstellt, demzufolge darauf an, ob es dem Sinn des Tatbestandes entspricht, daß auch jemand, der nicht selbst die Tatbestandsmerkmale in eigener Person verwirklicht, Zentralgestalt des Deliktsvorganges sein und damit als Täter bestraft werden kann.

Diese Frage wäre für § 122 Abs. 3 zu bejahen, wenn Meutereien, bei denen Gewalttätigkeiten verübt werden, in ihrer Gesamtheit eine größere Gefahr für die Anstaltsordnung darstellten und deshalb eine höhere Strafe verdienten als Meutereien, bei denen lediglich Drohungen gegenüber dem Haftpersonal begangen werden. In diesem Fall könnte es nicht darauf ankommen, ob jemand selbst den Gewaltakt ausführt oder durch einen anderen ausführen läßt. Entscheidend wäre allein der eingetretene Erfolg, die Herbeiführung einer besonderen Gefahr für die Anstaltsordnung durch die Rotte.

1) BGHSt 6, 226 (228)

2) BGHSt 15, 133

3) BGHSt 18, 6

Gegen diese Überlegung spricht aber der Grundtatbestand des § 122 Abs. 1. Die Tatbestandshandlung des § 122 Abs. 1 besteht u. a. in Angriff, Widerstand oder in einer Nötigung mit Gewalt, also in Merkmalen, die in dem Begriff der Gewalttätigkeit enthalten sind. Für den Gesetzgeber folgt damit allein aus der Verübung von Gewalttätigkeiten noch keine erhöhte Gefährlichkeit und größere Strafwürdigkeit der Meuterer in ihrer Gesamtheit. Der Grund für die Strafschärfung beruht vielmehr auf der besonderen Gefährlichkeit des einzelnen gewalttätigen Gefangenen. Das Gesetz sieht für ihn einen strengeren Strafrahmen vor, weil er, der im Gegensatz zu den übrigen Meuterern den Mut findet, Gewaltakte zu begehen, durch sein Verhalten die eigentliche Gefahr für die Anstaltsordnung darstellt. Der Unrechtsgehalt der Qualifikation besteht demzufolge entscheidend in der Vornahme der im Gesetz beschriebenen Tätigkeit. Inhaber der Tatherrschaft und damit Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehens kann nur derjenige Gefangene sein, der in eigener Person Gewalttätigkeiten verübt. § 122 Abs. 3 stellt also eine eigenhändige Straftat dar. Damit sind mittelbare Täterschaft und nicht eigenhändige Mittäterschaft ausgeschlossen.

III. DIE STRAFBARKEIT DER TEILNAHME ZU § 122 ABS. 3

Die bei weitem umstrittenste Frage innerhalb des § 122 ist die der Strafbarkeit von Anstiftung und Beihilfe zu § 122 Abs. 3.

Schon unter der Geltung des § 96 Pr. StGB bestanden über die auch im Rahmen des § 96 Abs. 2 auftretende Frage Meinungsverschiedenheiten. Sie setzten sich nach Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches bei § 122 Abs. 3 fort. Auch heute kann von einer einhelligen oder überwiegenden Auffassung nicht gesprochen werden. Vielmehr sind Rechtsprechung und Lehre der Klärung des Problems bisher keinen Schritt näher gekommen. Es hat im Gegenteil die Zahl der vertretenen Ansichten im Laufe der Jahre immer mehr zugenommen. Waren es unter der Herrschaft des Preußischen Strafgesetzbuchs lediglich zwei, so lassen sich heute fünf unterschiedliche Lösungen feststellen. Sie reichen vom völligen Ausschluß der Teilnahmevorschriften im Rahmen des § 122 Abs. 3 über eine begrenzte Geltung der §§ 48 und 49 bis zur unbeschränkten Anwendung dieser Bestimmungen bei § 122 Abs. 3.

1. Die unbeschränkte Anwendung der §§ 48 und 49

Für eine unbeschränkte Anwendung der Teilnahmevorschriften tritt FREUDENTHAL ¹⁾ ein. Für zweifelhaft hält er die Strafbarkeit von Anstiftung und Beihilfe überhaupt nur in den Fällen, in denen jemand zugleich Mittäter zu § 122 Abs. 1 ist, da bei mehrfacher Beteiligung an einer Tat die Teilnahme von der Mittäterschaft konsumiert werde. Er bejaht jedoch auch hier die Möglichkeit einer Bestrafung aus den §§ 48 und 49; denn dem Grundsatz der Subsidiarität der Verbrechensformen könne bei § 122 deshalb keine Bedeutung zukommen, weil § 122 Abs. 1 und 3 selbständige Straftaten darstellten und somit überhaupt kein Zusammentreffen mehrerer Arten der Beteiligung an einem Verbrechen vorliege.

Im Ergebnis stimmen BINDING ²⁾ und HÄLSCHNER ³⁾ mit Freudenthal überein, ohne jedoch eine Begründung ihrer Meinung zu geben.

Schließlich muß auch eine Entscheidung des OLG München ⁴⁾ hierher gerechnet werden. Sie betraf zwar nur die Frage der Anstiftung, ihre Ausführungen zielen aber eindeutig auch auf eine unbegrenzte Anwendung des § 49 hin.

Als offenbar selbstverständlich sieht das Gericht die Strafbarkeit des "Nur-Anstifters" ⁵⁾ - ebenfalls wohl des "Nur-Gehilfen" - zu § 122 Abs. 3 an. Davon ausgehend gelangt es zu einer Bestrafung des Anstifters, der selbst zu den Meutern gehörte. Eine unterschiedliche Behandlung beider Fälle führe zu dem "ganz untragbaren Ergebnis", daß der anstiftende Mittäter zu § 122 Abs. 1 mit geringerer Strafe belegt werde als der "Nur-Anstifter", obwohl er mehr als dieser getan habe.

Diese Billigkeitserwägung beansprucht auch für die Fälle der Beihilfe Geltung. Die weitere Begründung, die sich stark an die Ansicht Freudenthals anlehnt, trifft ebenfalls für Anstiftung und Beihilfe in gleichem Umfange zu. Das OLG München meint, es sei zwar ein anerkannter Grundsatz, daß bei mehreren Beteiligungsformen an einer Tat die leichtere von der schwereren, d.h. die Teilnah-

1) S. 141 ff.; ebenso für § 96, Abs. 2 Pr. StGB Pr. OTr GA Bd. 3 420; GA Bd. 4, 426; OPPENHOFF, Das Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten (1864) § 96 Anm. 33

2) BT II 2 S. 595. Weshalb allerdings Binding den Anstifter als Täter betrachtet, bleibt unverständlich.

3) BT II 2 S. 967

4) NJW 1950, 879

5) Gemeint sind damit die Personen, die nicht gleichzeitig Mittäter zu § 122 Abs. 1 sind.

me von der Täterschaft aufgezehrt werde. Ausnahmen von diesem Grundsatz seien aber, wie auch das Reichsgericht angenommen habe ¹⁾, durchaus möglich. Eine solche Ausnahme liege bei § 122 vor; denn § 122 Abs. 1 und 3 umfassen verschiedene Tatbestände. § 122 Abs. 1 bestrafe die Tätigkeit der Rotte, § 122 Abs. 3 das Verhalten eines einzelnen Rottierers.

Zwar läßt sich eine unbeschränkte Anwendung der Teilnahmevorschriften auch dann dogmatisch begründen ²⁾, wenn man mit der herrschenden Meinung ³⁾ § 122 Abs. 3 als Qualifikation des Grundtatbestandes des § 122 ansieht. Die Auffassung FREUDENTHALS stellt aber deshalb keine brauchbare Lösung des Problems dar, weil sie eindeutig mit dem Aufbau des Meutereitattbestandes in Widerspruch steht. Bejaht man nämlich die Strafbarkeit der Anstiftung und Beihilfe zu § 122 Abs. 3 ohne Einschränkung, so hat das für die Meuterer des § 122 Abs. 1 zur Folge, daß jeder von ihnen unter die Strafdrohung des § 122 Abs. 3 fällt, sofern die Rotte einen Angriff, Widerstand oder Nötigung mit Gewalt gegenüber dem Haftpersonal verübt.

§ 122 Abs. 3 setzt eine Begehung mit vereinten Kräften, d.h. wenigstens psychische Unterstützung der Gewaltakte voraus. Der nicht gewalttätige Meuterer ist daher, wenn auch nicht stets Anstifter, so doch Gehilfe zu § 122 Abs. 3. Obwohl das Gesetz ersichtlich nicht auf alle Meuterer den Strafraum des § 122 Abs. 3 angewandt wissen wollte - sonst hätte es für die von § 122 Abs. 3 erfaßten Begehungsformen des § 122 Abs. 1 gleich die Zuchthausstrafe vorgesehen -, läuft die Ansicht FREUDENTHALS eben darauf hinaus. Daran ändert nichts die Tatsache, daß § 49 die Möglichkeit der Strafmilderung zuläßt. Hierbei handelt es sich lediglich um eine in das Ermessen des Gerichts gestellte Entscheidung. Grundsätzlich droht § 49 für den Gehilfen die Strafe des Täters an. Bei einer unbeschränkten Anwendung der Teilnahmevorschriften verlöre daher § 122 Abs. 1 weitgehend seine Bedeutung. § 122 Abs. 3 trete statt dessen als dritte Erscheinungsform der Meuterei neben den Ausbruch des § 122 Abs. 2 und die von § 122 Abs. 1 übriggelassenen Modalitäten des Widerstandes und der Nötigung mittels Drohung.

1) Das OLG München verweist auf die Entscheidung RGSt 70, 293, die Idealkonkurrenz zwischen Mittäterschaft zum Mordversuch und Anstiftung zum vollendeten Totschlag an derselben Person für möglich hält.

2) Dazu unten S. 84 ff

3) FRANK Anm. II zu § 122; MAURACH BT S. 618; MEZGER-BLEI BT S. 274; M.E. MAYER, Gefangenenbefreiung S. 20; FR. CHR. SCHROEDER NJW 1964, 1113/4

Diese Akzentverschiebung zeigt sich auch bei den "Nur-Anstiftern" und "Nur-Gehilfen". Sie müßten, falls es zur Verübung von Gewalttätigkeiten gekommen ist, über die §§ 48 und 49 mit der Strafe des § 122 Abs. 3 belegt werden. Teilnahme zu § 122 Abs. 1 wäre damit nur noch in sehr begrenztem Umfange möglich.

2. Ausschluß der §§ 48 und 49 für die Täter des § 122 Abs. 1

Für den Ausschluß der Teilnahmevorschriften bei denjenigen Gefangenen, die Täter des § 122 Abs. 1 sind, im übrigen für die Bestrafung der Anstiftung und Beihilfe zu § 122 Abs. 3 treten LACHENMAYER ¹⁾, CHRISTMANN ²⁾, HOFMANN ³⁾ und BÜTTNER ⁴⁾ ein ⁵⁾.

Die Strafflosigkeit der Teilnahme in dem vorgeschlagenen Umfang ergibt sich für LACHENMAYER und CHRISTMANN schon aus dem Wortlaut des § 122 Abs. 3. Danach würden von den Meuterern, d.h. den Tätern der Meuterei, lediglich die erfaßt, die Gewalttätigkeiten verübt haben. Mit dem Wort "verüben" bringe aber das Gesetz deutlich zum Ausdruck, daß nur eine persönliche Begehung der Gewaltakte unter § 122 Abs. 3 fallen solle. Das Gesetz unterscheide also nur zwischen solchen Meuterern, die Gewalthandlungen ausgeführt, und solchen, die dies nicht getan hätten, ohne "mögliche Zwischenstufen" hervorzuheben. Bestrafte man dennoch Meuterer, die zur Vornahme des in § 122 Abs. 3 beschriebenen Verhaltens angestiftet oder Beihilfe geleistet hätten, aus den §§ 122 Abs. 3, 48 oder 49, so liefe das eindeutig den Absichten des Gesetzgebers zu wider.

Gegen diese Überlegung ist einzuwenden, daß die Formulierung des Tatbestandes stets auf den Täter zugeschnitten ist. Aus ihr läßt sich lediglich entnehmen, wer als Täter der betreffenden Vorschrift in Betracht kommt. Irgendwelche Rückschlüsse auf die Strafbarkeit der Teilnahme können aus dem Gesetzestext nicht gezogen werden. Wenn daher § 122 Abs. 3 nur diejenigen Meuterer erfassen soll, die Gewalttätigkeiten verübt haben, so umschreibt das Gesetz damit die Anforderungen, die an die Täter Eigenschaft zu stellen sind, zwingt aber nicht

1) S. 131 ff.

2) S. 61 ff.

3) S. 89

4) S. 44/45

5) Ebenso für § 96 Abs. 2 Pr. StGB eine Entscheidung des Preußischen Obertribunals, OPPENHOFF Rechtsprechung Bd. 7, 109

dazu, die Anwendbarkeit der §§ 48 und 49 im Rahmen des § 122 Abs. 3 auszu-schließen.

LACHENMAYER beruft sich für seine Auffassung weiter auf die Systematik des § 122. § 122 Abs. 1 verliere seine Bedeutung, wenn man die Meuterer über die §§ 48 und 49 mit der Strafe des § 122 Abs. 3 belege.

Auch dieser Gesichtspunkt stellt keine überzeugende Begründung für die Ansicht dar, die Teilnahmevorschriften im Rahmen des § 122 Abs. 3 nur für die Täter des § 122 Abs. 1 auszuschließen. Eine unbeschränkte Anwendung der §§ 48 und 49 im Rahmen des § 122 Abs. 3 bei den Anstiftern und Gehilfen der Meute-rei steht ebenso mit der Systematik des § 122 in Widerspruch wie die Anwendung der §§ 48 und 49 bei den Meuterern selbst. Strafbare Teilnahme zu § 122 Abs. 1 wäre nämlich in den Fällen nicht mehr möglich, in denen die Rote das Haftper-sonal angreift, ihm Widerstand mit Gewalt leistet oder ihm gegenüber eine Nöti-gung mittels Gewalt begeht. Die Strafe der Anstifter und Gehilfen müßte stets aus § 122 Abs. 3 entnommen werden.

LACHENMAYER rechtfertigt seine Auffassung außerdem mit der ratio legis des § 122 Abs. 3. Der Grund der Strafschärfung bestehe darin, daß der Meuterer, der in eigener Person Gewaltakte verübe, eine besondere Gefahr für die durch § 122 geschützte Anstaltsordnung herbeiführe. Meuterer, die nicht selbst Gewalt-tätigkeiten begangen hätten, sehe der Gesetzgeber nicht als sonderlich gefährlich und damit auch nicht als erhöht strafwürdig an.

LACHENMAYER berücksichtigt bei seiner Überlegung nicht, daß der Gedan-ke, von dem er ausgeht, für alle Beteiligungsformen zutrifft. Kann von den Mit-tätern des § 122 Abs. 1 nur der selbst gewalttätige Meuterer als Täter des § 122 Abs. 3 angesehen werden und kommt auch bei ihnen eine Bestrafung aus §§ 122 Abs. 3, 48 oder 49 nicht in Betracht, weil ihr Verhalten nicht dem Sinn der Straf-schärfung entspricht, dann muß auch für die Anstifter und Gehilfen zu § 122 Abs. 1 eine Bestrafung aus § 122 Abs. 3 entfallen. Denn können Gefangene, die der Zusammenrottung angehören und zu Gewaltakten anstiften oder Beihilfe leisten, die besondere Gefahr für die Anstaltsordnung, in der die ratio legis des Qualifika-tionstatbestandes besteht, nicht herbeiführen, so ist dies erst recht nicht Gefange-nen möglich, die nicht in der Zusammenrottung anwesend sind, deren Beteiligung damit eine geringere Intensität als die der Rottierer erreicht.

LACHENMAYER und CHRISTMANN räumen allerdings selbst ein, daß es un-befriedigend erscheine, einen der Zusammenrottung nicht angehörenden Gefange-nen, der zu Gewalttätigkeiten anstifte oder Beihilfe leiste, der Strafdrohung des § 122 Abs. 3, den Mittäter, der das gleiche täte, dagegen nur dem Strafrahmen

des § 122 Abs. 1 zu unterwerfen. Während aber LACHENMAYER meint, diese Unbilligkeit müsse de lege lata in Kauf genommen werden, sieht CHRISTMANN eine Berechtigung für die unterschiedliche Behandlung, soweit es sich um eine Meuterei zum Zweck der Selbstbefreiung handelt, darin, daß die Selbstbefreiung als solche straflos sei und dem Trieb dazu eine mildere Beurteilung zukommen müsse. Da aber das Verhalten nicht unmittelbar an der Meuterei mitwirkender Gefangener nicht der Selbstbefreiung diene, sei bei ihnen, falls sie zu Gewalttätigkeiten anstifteten oder Beihilfe leisteten, im Gegensatz zu Meuternern, die das gleiche täten, ein Grund für eine strengere Bestrafung sehr wohl vorhanden. Diese Überlegung treffe selbstverständlich auch für Nichtgefangene zu, da bei ihnen der Gedanke der Selbstbefreiung ohnehin nicht Anlaß für die Beteiligung an der Meuterei sein könne.

Auch mit dieser Erwägung ist das unbefriedigende Ergebnis, das die Folge der Ansicht LACHENMAYERS und CHRISTMANN'S ist, nicht zu rechtfertigen. Zunächst einmal kann der Gesichtspunkt in all den Fällen nicht herangezogen werden, in denen die Meuterei nicht auf einen Ausbruch abzielt, sondern beispielsweise auf eine Verbesserung der Haftbedingungen gerichtet ist. Zum anderen ist, selbst wenn sich die Gefangenen zum Zweck der Flucht zusammengedrängt haben, doch die Lage nicht stets so, daß alle Meuterer auszubrechen gedenken. Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 24. November 1891 ¹⁾ ist hierfür ein überzeugendes Beispiel. Andererseits wird auch ein nicht unmittelbar an der Meuterei teilnehmender Gefangener seine Unterstützung unter Umständen mit dem Gedanken verbinden, die Rottierer würden ihm bei erfolgreichem Ausbruch später im Fall eines eigenen Fluchtversuchs in der Weise behilflich sein, daß sie ihm beispielsweise Ausbruchswerkzeuge zukommen lassen.

Darüber hinaus spricht gegen die Überlegung CHRISTMANN'S, daß das Gesetz überhaupt keinen Anhaltspunkt dafür bietet, den Selbstbefreiungstrieb im Rahmen des § 122 mildernd zu beurteilen. Der Gesetzgeber hat Meutereien, die einen Ausbruch zum Gegenstand haben, der gleichen Strafe unterworfen wie Auflehnungen gegen die Anstaltsordnung aus anderen Gründen.

3. Ausschluß der §§ 48 und 49 bei den Gefangenen

Für den Ausschluß der Teilnahmevorschriften bei Gefangenen, dagegen für die Anwendbarkeit der §§ 48 und 49 auf Nichtgefangene treten H. MAYER ²⁾,

1) RG GA 39, 326

2) JZ 1956, 434

MAURACH ¹⁾ und FR. CHR. SCHROEDER ²⁾ ein.

Anstiftung und Beihilfe zu § 122 Abs. 3 durch an der Zusammenrottung beteiligte Gefangene hält FR. CHR. SCHROEDER aus dogmatischen Gründen für straflos. Der meuternde Gefangene sei stets, wenn auch strafloser, Mittäter zu § 122 Abs. 3. Da Täterschaft und Teilnahme an ein und demselben Delikt nicht möglich seien, werde die Anstiftung und Beihilfe zu § 122 Abs. 3 von der Mitäterschaft der Meuterer konsumiert.

Gegen diese Überlegung ist einzuwenden, daß ein Fall des Zusammentreffens mehrerer Beteiligungsformen an ein und demselben Tatbestand in Wirklichkeit nicht vorliegt. § 122 Abs. 3 stellt ein eigenhändiges Delikt dar. Mittäterschaft erfordert demnach entgegen der allgemeinen Regel die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale durch jeden Mitwirkenden in eigener Person. Der Meuterer, der nicht selbst Gewalttätigkeiten verübt, ist daher nicht Mittäter des § 122 Abs. 3.

Bedenken gegen die Möglichkeit strafbarer Teilnahme zu § 122 Abs. 3 durch die Meuterer bestehen auch nicht deshalb, weil die Meuterer Mittäter zu § 122 Abs. 1 sind. Mittäterschaft am Grundtatbestand schließt Teilnahme an der Qualifikation nicht aus. Dabei bedarf es zur Begründung dieser Behauptung nicht der überwiegend abgelehnten Schuldteilnahmetheorie. ³⁾ Auch vom Standpunkt der ganz herrschenden Verursachungstheorie ⁴⁾ findet nicht stets eine Konsumtion der Teilnahme durch die Täterschaft statt. So hat der Bundesgerichtshof ⁵⁾ in dem § 122 ähnlich gelagerten Fall des § 243 Abs. 1 Nr. 6 ein Bandenmitglied, das zwar Mittäter zu § 242 war, das aber nach Ansicht des Bundesgerichtshofs wegen fehlender räumlicher Anwesenheit am Tatort nicht als Mittäter zu § 243 Abs. 1 Nr. 6 angesehen werden konnte, wegen Beihilfe zu dieser Vorschrift bestraft. Das Reichsgericht ⁶⁾ hat Tateinheit zwischen Mordversuch und

1) BT S. 618, 619

2) NJW 1964, 1112

3) vgl. dazu H. MAYER AT S. 319; ders. Rittler-Festschrift S. 254; LESS ZStW Bd. 69, 43

4) RGSt 15, 316; BGHSt 4, 358; KOHLRAUSCH-LANGE Vorb. II 2 vor § 47; OLSHAUSEN Vorb. 24 vor § 47; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 110 vor § 47; WELZEL Lb S. 102; HEINITZ Festschrift zum 41. Dt. Juristentag S. 93 (101)

5) BGHSt 8, 208

6) RGSt 70, 293

Anstiftung zum vollendeten Totschlag an ein und derselben Person für möglich gehalten. SCHRÖDER ¹⁾ schließlich will, wenn bei einem von mehreren Mittätern nur Versuch, bei den übrigen dagegen Vollendung vorliegt, den Beteiligten, der sich als Mittäter nur eines Versuchs strafbar gemacht hat, wegen Teilnahme an der vollendeten Tat bestrafen.

Daraus läßt sich als gemeinsamer Grundgedanke entnehmen, daß Teilnahme durch die Täterschaft dann nicht aufgezehrt wird, wenn die §§ 48 und 49 die Möglichkeit einer strengeren Bestrafung eröffnen. Dieses Ergebnis bedeutet keine Abweichung von der Verursachungstheorie. Für sie stellt die Täterschaft gegenüber der Teilnahme die schwerere Beteiligungsform dar. Darauf stützt sie die Konsumtion der Anstiftung und Beihilfe durch die Täterschaft. Führen die §§ 48 und 49 zur Anwendung eines schärferen Strafrahmens, vermag ausnahmsweise die Täterschaft allein nicht den vollen Unrechtsgehalt der Tat auszuschöpfen, so ist es vom Standpunkt der Verursachungstheorie nur folgerichtig, wenn in diesen Fällen der Konsumtionsgrundsatz keine Geltung beanspruchen kann. Da § 122 Abs. 1 Gefängnis-, § 122 Abs. 3 dagegen Zuchthausstrafe vorsieht, eröffnet die Anwendung der §§ 48 und 49 die Möglichkeit einer strengeren Bestrafung. Daher lassen sich aus dem Gesichtspunkt der Konsumtion der Teilnahme durch die Täterschaft keine Einwände gegen die Strafbarkeit der Anstiftung und Beihilfe zu § 122 Abs. 3 durch die nicht selbst gewalttätigen Meuterer herleiten.

Trifft somit die Überlegung Fr. Chr. Schroeders, die Teilnahme der Meuterer zu § 122 Abs. 3 werde durch ihre Mittäterschaft aufgezehrt, nicht zu, so ist auch die Folge, die er daraus für nicht an der Zusammenrottung beteiligte Gefangene zieht, abzulehnen. Ist nämlich eine Bestrafung der Meuterer aus § 122 Abs. 3, 48 oder 49 durch den Gesichtspunkt der Konsumtion nicht ausgeschlossen, dann läßt sich auch nicht mit Hilfe eines *argumentum a maiore ad minus* - wenn schon der Mittäter nicht aus § 122 Abs. 3 bestraft werden könne, so dürfe dies erst recht nicht für Anstifter und Gehilfen angenommen werden -

1) JR 1958, 427 (428). SCHRÖDER bringt zur Erläuterung folgenden Fall: A, B und C haben sich zu einem Diebstahl verabredet. A soll die Reifen an dem PKW des bestohlenen X zerschneiden, um diesem die Verfolgung unmöglich zu machen. In der Dunkelheit zerschneidet A jedoch versehentlich die Reifen an dem Wagen des B. A und C haben eine vollendete Sachbeschädigung begangen. Bei B liegt dagegen nur ein Versuch vor, weil Sachbeschädigung der eigenen Sache nicht strafbar ist. Schröder will in diesem Fall den B nicht wegen Mittäterschaft zum Versuch, sondern wegen Teilnahme an der vollendeten Sachbeschädigung des A und C bestrafen.

die Straflosigkeit der Teilnahme zu § 122 Abs. 3 von Gefangenen, die lediglich Anstifter oder Gehilfen der Meuterei sind, begründen.

Die Unanwendbarkeit der §§ 48 und 49 im Rahmen des § 122 Abs. 3 bei Gefangenen wird von FR. CHR. SCHROEDER im Anschluß an H. Mayer weiter auf die ratio legis gestützt. Der Gesetzgeber habe für die Gewalttäter deshalb eine strengere Strafe vorgesehen, weil nur sie, die den Mut fänden, über Worte und Hetzreden hinauszugehen, eine besondere Gefahr für die Anstaltsordnung darstellten.

Ob dieser Gesichtspunkt wirklich eine Anwendung der §§ 48 und 49 verbietet, braucht hier noch nicht entschieden zu werden. Denn trifft er zu, so kommt entgegen der Ansicht H. MAYERS und FR. CHR. SCHROEDERS auch eine Bestrafung von Nichtgefangenen aus §§ 122 Abs. 3, 48 oder 49 nicht in Betracht. Erfasst § 122 Abs. 3 lediglich den Gewalttäter und entfällt nach dem Sinn und Zweck des Qualifikationstatbestandes eine Bestrafung anderer Gefangener aus § 122 Abs. 3, so ist nicht einzusehen, weshalb H. MAYER und FR. CHR. SCHROEDER bei Nichtgefangenen eine Ausnahme machen und sie selbst strenger als die Mittäter der Meuterei bestrafen wollen. Eine Erklärung hierfür ist auch nicht in der These FR. CHR. SCHROEDERS zu finden, dieses Bedenken werde durch kriminalpolitische Gesichtspunkte "überspielt"; denn eine Begründung für seine Behauptung gibt FR. CHR. SCHROEDER nicht.

Desgleichen bietet entgegen der Annahme FR. CHR. SCHROEDERS die Entstehungsgeschichte des § 122 keinen Anhaltspunkt für eine Bevorzugung der Gefangenen. Nach der Begründung des Entwurfs eines Preußischen Strafgesetzbuchs von 1850 ¹⁾ sollte die Strafschärfung nur für diejenigen "Teilnehmer" zur Anwendung kommen, die selbst Gewalttätigkeiten verübt haben. Welche Personen mit dem Begriff "Teilnehmer" gemeint sind, läßt sich nicht mehr feststellen. Es sind zwei Möglichkeiten denkbar. Einmal könnten hierunter alle an der Meuterei irgendwie Beteiligte, also auch außenstehende Anstifter und Gehilfen verstanden worden sein. In diesem Fall hätte der Gesetzgeber des Preußischen Strafgesetzbuchs Anstiftung und Beihilfe zu den Gewalttätigkeiten stets für nicht verschärft strafbar angesehen. Zum anderen könnten als "Teilnehmer" nur die unmittelbar an der Meuterei mitwirkenden Personen aufgefaßt worden sein. Für diese Möglichkeit spricht der Wortlaut des § 96 Pr. StGB, "wenn Gefangene in einer Gefangenenanstalt sich zusammenrotten", so haben die Theilnehmer an der Meuterei Gefängniß nicht unter 6 Monaten verwirkt . . .". Das bedeutet daraufhin, daß mit "Teilnehmern" nur die Rottierer gemeint sind. In diesem Fall fehlt es überhaupt

1) Wiedergegeben in RGSt 69, 289

an einer Aussage des Gesetzgebers des Preußischen Strafgesetzbuchs bezüglich der Strafbarkeit von Anstiftung und Beihilfe zu den Gewaltakten durch in der Zusammenrottung nicht anwesende Personen, seien es Gefangene oder Nichtgefangene.

4. Ausschluß der §§ 48 und 49

Für einen Ausschluß der Teilnahmevorschriften bei Gefangenen und Nichtgefangenen tritt SCHRÖDER ¹⁾ ein. Sinn des § 122 Abs. 3 sei es, nur denjenigen Meuterer der verschärften Strafdrohung zu unterwerfen, der selbst Gewalttätigkeiten begangen habe. § 122 Abs. 3 stelle eine Ausnahme von dem Grundsatz dar, daß erhöhtes Unrecht auch den übrigen Beteiligten zur Last falle. Selbst bei Nichtgefangenen, die eigenhändig Gewaltakte verüben, lehnt Schröder in jedem Fall eine Bestrafung aus § 122 Abs. 3 ab und sieht hierin lediglich Teilnahmehandlungen zu § 122 Abs. 1.

Gegen SCHRÖDERS Auffassung bestehen in den Fällen Bedenken, in denen ein Nichtgefangener gemeinsam mit einem oder mehreren Meuterern Gewalttätigkeiten begeht. Die Anwendung des § 122 Abs. 3 auf den Nichtgefangenen scheitert hier nicht an der Eigenhändigkeit des Qualifikationstatbestandes; denn der Nichtgefangene hat die im Gesetz beschriebene Tatbestandshandlung in eigener Person ausgeführt. Täterschaft des Nichtgefangenen kommt nur deshalb nicht in Betracht, weil er die mit dem Wesen des § 122 als einer Sonderstraftat verbundenen Voraussetzungen nicht erfüllt. Soll damit aber auch gleichzeitig strafbare Teilnahme zu § 122 Abs. 3 ausgeschlossen sein?

Keine Antwort auf diese Frage stellt die Tatsache dar, daß bei Sonderstraftaten für gleichgelagerte Sachverhalte die Möglichkeit strafbarer Anstiftung und Beihilfe des Extraneus grundsätzlich anerkannt ist ²⁾.

Dieser Grundsatz kann auf § 122 Abs. 3 deshalb nicht ohne weiteres übertragen werden, weil hier, wie ausgeführt, zumindest eine uneingeschränkte Anwendung der §§ 48 und 49 ausscheidet. Es muß bei der Frage nach der Möglichkeit strafbarer Teilnahme vielmehr entscheidend berücksichtigt werden, daß § 122 Abs. 3 nur bestimmte Beteiligte an der Meuterei einer strengeren Strafdrohung unterwerfen will. Ob ein Nichtgefangener, der eigenhändig Gewaltakte verübt, über die §§ 48 oder 49 mit der Zuchthausstrafe des § 122 Abs. 3 belegt werden kann, läßt sich demzufolge allein unter Heranziehung des Grundgedankens des Qualifikationstatbestandes beantworten.

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 11 und 12 zu § 122

2) vgl. z.B. MAURACH AT S. 588

§ 122 Abs. 3 beruht auf der Überlegung, daß der Gewalttäter eine besondere Gefahr für die Anstaltsordnung darstellt, weil er den Mut aufbringt, das Vorhaben der Rote in die Tat umzusetzen, und weil sein Verhalten darüber hinaus auf die übrigen Beteiligten eine aufreizende Wirkung ausübt. Diese Gesichtspunkte treffen auch auf den gewalttätigen Nichtgefangenen zu. Es besteht kein Unterschied für den Grad der Beeinträchtigung der Anstaltsordnung, ob ein Gefangener oder ein Nichtgefangener in Übereinstimmung mit anderen Meuterern Gewaltakte begeht. Denn die Gefährdung der Anstaltsordnung beruht nicht entscheidend auf der Tatsache der Gefangeneneigenschaft, sondern auf der in § 122 Abs. 3 beschriebenen körperlichen Tätigkeit.

5. Die Ansicht des Bundesgerichtshofs

Die Möglichkeit strafbarer Beihilfe zu § 122 Abs. 3 in den Fällen, in denen ein Nichtgefangener Gewaltakte verübt, wird auch vom 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs ¹⁾ anerkannt. Die Anwendung des § 49 in anderen Fällen als bei eigenhändiger Begehung von Gewalttätigkeiten lehnt der Bundesgerichtshof jedoch ab. Die Strafbarkeit der Anstiftung zu § 122 Abs. 3 will der 3. Strafsenat dagegen uneingeschränkt bejahen ²⁾.

Zu Recht hat der 3. Strafsenat strafbare Anstiftung eines Meuterers zu § 122 Abs. 3 nicht deshalb für ausgeschlossen erachtet, weil die Anstiftung von der Täterschaft konsumiert werde. Nicht unbedenklich erscheint es aber, wenn der Bundesgerichtshof dieses Ergebnis mit der These begründet, die Anstiftung stelle gegenüber der Mittäterschaft ein "selbständiges andersgeartetes Tun" dar. Mit dieser Formulierung nähert sich der Bundesgerichtshof der von ihm selbst und der ganz herrschender Meinung abgelehnten Schuldteilnahmetheorie. Das ist umso weniger verständlich, als auch die Verursachungstheorie, wie ausgeführt, im vorliegenden Fall nicht die Konsumtion der Teilnahme zu § 122 Abs. 3 durch die Täterschaft zu § 122 Abs. 1 zur Folge hat.

Dem 3. Strafsenat ist darin zuzustimmen, daß kriminalpolitische Erwägungen für seine Auffassung sprechen. Er meint, es sei äußerst bedenklich, den geistigen Urheber der Gewalttaten von der Strafschärfung des § 122 Abs. 3 zu verschonen. Diese Überlegung gewinnt noch an Gewicht, wenn man bedenkt, daß in Gefängnissen und Zuchthäusern, in denen Personen der verschiedensten Intelligenzgrade untergebracht sind, nicht selten eine beträchtliche geistige Abhängigkeit gewisser Gefangener von anderen Anstaltsinsassen besteht. Eine solche Abhängigkeit läßt sich bei Meutereien aus-

1) BGHSt 9, 119

2) BGHSt 8, 294

nutzen, indem der "geistig überlegene" Häftling den "unterlegenen" für die Durchführung des von ihm ausgearbeiteten Plans gewinnt und ihn zur Verübung der beabsichtigten Gewalttätigkeiten bestimmt. Der Hintermann erscheint in diesen Fällen nicht weniger strafwürdig als der unmittelbar Handelnde.

Auch die Systematik des § 122 steht einer Anwendung des § 48 bei § 122 Abs. 3 nicht entgegen. Die Tätigkeit des Anstifters stellt gegenüber dem Verhalten des Mittäters, der sich auf die Beteiligung an der Zusammenrottung beschränkt, ein Mehr dar. Nicht jeder Meuterer ist deshalb gleichzeitig Anstifter zu § 122 Abs. 3. § 122 Abs. 1 behält daher seine Bedeutung, wenn man die Anwendbarkeit des § 48 befürwortet.

Dem 3. Strafsenat ist schließlich darin beizupflichten, daß er der Entstehungsgeschichte des § 122 keine entscheidende Bedeutung für die Beantwortung der Frage nach der Strafbarkeit der Anstiftung zu § 122 Abs. 3 beimißt. Zwar hat der Gesetzgeber des Preußischen Strafgesetzbuchs die Strafschärfung nur auf diejenigen Teilnehmer angewandt wissen wollen, die selbst Gewaltakte verübt haben. Dieser Rechtszustand sollte auch bei der Schaffung des RStGB übernommen werden. Den Intentionen des Gesetzgebers kommt aber lediglich die Wirkung eines Indizes zu. Letztlich maßgebend ist allein die der Norm "immanente Bedeutung" ¹⁾. Die Absicht des Gesetzgebers verbietet demzufolge eine Bestrafung des Anstifters aus § 122 Abs. 3 nicht unbedingt.

Die vom Bundesgerichtshof angeführten Gesichtspunkte stellen jedoch keine zwingende Begründung dafür dar, gegen den Willen des Gesetzgebers § 48 im Rahmen des § 122 Abs. 3 anzuwenden. Entscheidend ist, ob sich eine solche Anwendung mit dem Grundgedanken der Qualifikation vereinbaren läßt. Das ergibt sich aus dem Wesen des § 122 als eines Massendelikttes und der Tatsache, daß das Gesetz nur für die Beteiligten eine Zuchthausstrafe vorsieht, die Gewalttätigkeiten verüben. Für die übrigen Teilnehmer droht § 122 lediglich eine Gefängnisstrafe an, obwohl ihr Verhalten stets eine Beihilfe u.U. auch eine Anstiftung zu den Gewaltakten darstellt. Sollen sie über die §§ 48 oder 49 dem Strafrahmen des § 122 Abs. 3 unterworfen werden, so genügt es nicht, mit der Systematik und kriminalpolitischen Erwägungen zu argumentieren. Es muß vielmehr untersucht werden, ob ihre Tätigkeit der ratio legis des Qualifikationstatbestandes entspricht.

1) So die heute überwiegend vertretene objektive Auslegungstheorie, vgl. aus der strafrechtlichen Rechtsprechung und Literatur, RGSt 37, 344; BGHSt 1, 75/76; 10, 159; 12, 172; BINDING Handbuch I S. 450 f.; BAUMANN AT S. 135; MAURACH AT S. 85; MEZGER-BLEI AT S. 26

Dies wird von BLEI ¹⁾ für die Anstiftung verneint; denn "der Anstifter ist nicht mehr so in den körperlichen Akt der Gewaltanwendung verwickelt, daß seine Beteiligung noch den Qualifikationstatbestand zu tragen vermöchte". In dieser Aussage ist der Ansatzpunkt für die Lösung des Problems enthalten.

BLEI geht zu Recht davon aus, daß der Unrechtsgehalt des § 122 Abs. 3 allein in der Vornahme einer bestimmten körperlichen Tätigkeit besteht. Im Gegensatz zu den §§ 115 Abs. 2 und 125 Abs. 2 sieht § 122 Abs. 3 nur den Gewalttäter als besonders gefährlich an. Die "geistigen Anführer" der Meuterei, die Rädelsführer, werden einer strengeren Strafdrohung nicht unterworfen. Eine intellektuelle Mitwirkung an der Meuterei stellt keinen Strafschärfungsgrund dar.

Dieser Gesichtspunkt muß bei der Frage der Anwendbarkeit der §§ 48 und 49 berücksichtigt werden. Auf einen Teilnehmer, der andere zu Gewalttätigkeiten anstiftet, ohne sich an deren Verübung selbst zu beteiligen, trifft deshalb nach Sinn und Zweck des Qualifikationstatbestandes der Grund der Strafschärfung nicht zu. Der Ansicht des 3. Strafsenats, der Anstiftung zu § 122 Abs. 3 uneingeschränkt für strafbar hält, kann demnach nicht zugestimmt werden.

6. Versuch einer Abgrenzung zwischen strafbarer und strafloser Teilnahme

Aus den Ausführungen des vorigen Kapitels folgt nicht, daß strafbare Teilnahme zu § 122 Abs. 3, von dem Fall eigenhändiger Verübung von Gewalttätigkeiten durch einen Nichtgefangenen abgesehen, ausgeschlossen ist.

Die Ansicht BLEIS, daß die Beteiligung des Anstifters des Qualifikationstatbestand nicht zu tragen vermöge, trifft zwar in der Regel zu. Es sind aber Ausnahmen möglich, in denen nämlich der Anstifter derart "in den körperlichen Akt der Gewaltanwendung verwickelt" ist, daß eine Anwendung des § 48 dem Grundgedanken des § 122 Abs. 3 nicht widerspricht. Man denke an den Fall, daß der Anstifter dem Gewalttäter das Schlagwerkzeug reicht, mit dem dieser darauf den Aufsichtsbeamten niederschlägt. Die unmittelbare Mitwirkung des Anstifters an der Gewalthandlung hat hier wesentlich deren Ausführung gefördert und damit dazu beigetragen, das Vorhaben der Rotte zu verwirklichen. Zwar geht letztlich die eigentliche Gefahr nur von dem gewalttätigen Meuterer aus. Daraus darf aber nicht auf die Unanwendbarkeit des § 48 geschlossen werden. Bei eigenhändigen Delikten trifft der Grundgedanke der Strafvorschrift in jedem Fall lediglich auf denjenigen zu, der die Tatbestandshandlung in eigener Person

1) MEZGER-BLEI BT S. 275

ausführt. Kennzeichnend für eigenhändige Straftaten ist gerade, daß ein außenstehender Dritter niemals Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehens sein kann.

Entscheidend spricht für die Annahme strafbarer Anstiftung zu § 122 Abs. 3 bei qualifizierter Beteiligung am Gewaltakt, daß eine solche Mitwirkung die besondere Gefahr für die Anstaltsordnung mitherbeiführt, die Grund für die Strafschärfung ist. Dem Unterschied im Unrechtsgehalt im Verhältnis zum wirklichen Gewalttäter wird dadurch Rechnung getragen, daß in diesen Fällen nur wegen Anstiftung und nicht wegen Täterschaft bestraft werden kann.

Die gleichen Gesichtspunkte müssen auch für die Beihilfe gelten. Wer eine körperliche Tätigkeit entfaltet, die unmittelbar der Verübung von Gewalttätigkeiten dient, begeht eine Tat, deren Unrechtsgehalt dem Verhalten nahekommt, das das Gesetz für verschärft strafbar ansieht. Es widerspricht daher dem Grundgedanken der Qualifikation nicht, wenn in diesen Fällen wegen Beihilfe zu § 122 Abs. 3 bestraft wird. Zur Verdeutlichung sei als Beispiel ein Fall angeführt, der dem 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs ¹⁾ zur Entscheidung vorlag:

B und T kamen überein, gemeinsam einen Ausbruch zu unternehmen. B besorgte zu diesem Zweck eine Eisenstange, die T dem Aufsichtsbeamten über den Kopf schlug. Als dieser daraufhin bewußtlos zu Boden fiel, sprang B hinzu und nahm, entsprechend dem vereinbarten Plan, dem Wärter die Pistole weg, während T die Schlüssel ergriff, mit deren Hilfe sie die Freiheit zu erlangen hofften.

Zu Recht wandte der Bundesgerichtshof auch auf den nicht selbst gewalttätigen Gefangenen B den Strafraum des § 122 Abs. 3 an. Entgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofs scheidet jedoch die Annahme einer Mittäterschaft des B wegen der Eigenhändigkeit des Qualifikationstatbestandes aus. Da B und T aber eng zusammengearbeitet, B die Verübung der Gewalttätigkeit durch seine Mitwirkung entscheidend unterstützt hat, stellt sein Verhalten eine nicht wesentlich geringere Gefahr für die Anstaltsordnung dar als die Handlungen des T. Dem Unterschied im Unrechtsgehalt wird dadurch Rechnung getragen, daß B nicht als Täter, sondern lediglich als Gehilfe anzusehen ist.

Strafbare Teilnahme zu § 122 Abs. 3 ist demnach nur denjenigen Beteiligten möglich, die in der Zusammenrottung anwesend sind. Allein unter dieser Voraussetzung kann von einer unmittelbaren Mitwirkung an den Gewaltakten gesprochen werden. Ohne Bedeutung für die Strafbarkeit bleibt dabei, ob es sich

1) BGHSt 12, 129

um Gefangene oder Nichtgefangene handelt.

Für Personen, die der Zusammenrottung nicht angehören, kommt dagegen stets nur eine Bestrafung wegen Anstiftung oder Beihilfe zu § 122 Abs. 1 in Betracht.

IV. VERSUCH DES § 122 ABS. 3

Obwohl § 122 Abs. 3 zu den Verbrechen gehört, für die § 43 generell die Strafbarkeit des Versuchs vorsieht, wird im Rahmen des § 122 Abs. 3 die Möglichkeit eines strafbaren Versuchs zum Teil abgelehnt. Für diese These werden verschiedene Begründungen gegeben.

BAUMGARTEN ¹⁾ hält bereits begrifflich einen Versuch des § 122 Abs. 3 für ausgeschlossen. Von einer versuchten Gewalttätigkeit könne solange nicht gesprochen werden, wie die Absicht, Gewaltakte zu verüben, nur irgendwie zum Ausdruck gebracht werde. Der für § 43 erforderliche Anfang der Ausführungshandlung liege erst in dem Moment vor, in dem mit der Gewaltanwendung begonnen worden sei. In diesem Zeitpunkt trete jedoch gleichzeitig die Vollendung der Tat ein, weil die Erfüllung des Merkmals "Gewalttätigkeit" einen bestimmten Erfolg nicht voraussetze.

SCHRÖDER ²⁾ bejaht zwar im Gegensatz zu Baumgarten die Möglichkeit eines Versuchs, meint aber, seine Strafbarkeit sei mit dem Sinn und Zweck des § 122 Abs. 3 nicht vereinbar. § 122 Abs. 3 wolle nur die Fälle treffen, in denen es tatsächlich zu Gewalttätigkeiten gekommen sei.

Auch der Bundesgerichtshof ³⁾ ist der Auffassung, der Versuch, Gewaltakte vorzunehmen, sei nicht verschärft strafbar. Er beruft sich dabei auf die Fassung des § 125 Abs. 2, der seinem Wortlaut nach die Anwendung der Zuchthausstrafe davon abhängig macht, daß die Rottierer Gewalttätigkeiten "begangen haben". Verwende aber das Gesetz die Perfektform, so folge daraus, daß die beschriebenen Handlungen wirklich zur Ausführung gelangt sein müßten ⁴⁾. § 122 Abs. 3

1) S. 413 Anm. 85; ebenso für § 115 Abs. 2, dessen Ausführungshandlungen mit denen des § 122 Abs. 1 übereinstimmen und damit überwiegend Gewalttätigkeiten darstellen, JOHN HH Bd. 3, S. 134

2) SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 15 zu § 122; ebenso wohl auch FR. CHR. SCHROEDER NJW 64, 1114

3) BGHSt 2, 284. Diese Entscheidung ist zwar zu § 125 Abs. 2 ergangen; § 125 Abs. 2 enthält aber die gleiche Problematik wie § 122 Abs. 3.

4) Diese Begründung findet sich bereits bei KITZINGER JW 1925, 2805

benutzt für die Beschreibung der Tatbestandshandlung zwar im Gegensatz zu § 125 Abs. 2 nicht die Perfekt-, sondern die Präsensform "verüben", die Argumentation des Bundesgerichtshofs ist aber dennoch auch für § 122 Abs. 3 von Bedeutung; denn wäre sie zwingend, so müßte wegen der Ähnlichkeit beider Vorschriften auch im Rahmen des § 122 Abs. 3 der Versuch als straflos angesehen werden.

FRANK ¹⁾, OLSHAUSEN ²⁾, WERNER ³⁾, LACHENMAYER ⁴⁾, und CHRISTMANN ⁵⁾ treten für eine Strafbarkeit des Versuchs ein. Sie stützen sich auf die dogmatische Erwägung, § 43 greife ein, weil § 122 Abs. 3 ein Verbrechen darstelle. Nur LACHENMAYER ⁶⁾ bemüht sich um eine eingehendere Begründung. Er verweist auf § 122 Abs. 1. Da dort das Unternehmen der Nötigung mit Strafe bedroht, also der Versuch der Vollendung gleichgestellt sei, könne daraus geschlossen werden, es solle auch der Versuch einer Gewalttätigkeit strafbar sein.

Eine Mittelmeinung vertritt im Rahmen des § 125 Abs. 2 das OLG Frankfurt ⁷⁾. Es hält den Versuch einer Gewalttätigkeit für straflos, solange nicht bereits eine vollendete Gewalttat vorliegt. Habe jedoch auch nur ein Teilnehmer mit Billigung der übrigen einen Gewaltakt verübt, so sei derjenige, der danach eine Gewalttätigkeit zu begehen versuche, aus §§ 125 Abs. 2, 43 zu bestrafen. Das OLG Frankfurt leitet dieses Ergebnis aus dem Verhältnis des § 125 Abs. 1 und 2 her. § 125 Abs. 2 enthalte lediglich einen Straferschwerungsgrund gegenüber § 125 Abs. 1, setze deshalb den vollen Tatbestand des § 125 Abs. 1 voraus. § 125 Abs. 1 verlange aber die tatsächliche Vornahme von Gewaltakten. Ein Versuch bleibe straflos, da § 125 Abs. 1 ein Vergehen darstelle, bei dem der Versuch nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht sei. Demzufolge könnten Teilnehmer, die eine Gewalttätigkeit versucht hätten, nur dann mit der Strafe des § 125 Abs. 2 belegt werden, wenn § 125 Abs. 1 vollendet sei, wofür es wenigstens der Begehung einer Gewalttat bedürfe.

Gegen die Auffassung Baumgartens, ein Versuch des § 122 Abs. 3 sei begrifflich nicht möglich, spricht die Existenz des untauglichen Versuchs. Fälle eines untauglichen Versuchs sind im Rahmen des § 122 Abs. 3 ohne weiteres denkbar. Als Beweis sei folgendes Beispiel angeführt:

1) Anm. II zu § 122

2) Anm. 10 zu § 122

3) LK Anm. VII zu § 122

4) S. 137

5) S. 60

6) S. 137

7) JW 1925, 2805

Der Gefangene A verübt mit Zustimmung der Gefangenen B und C eine Gewalttätigkeit gegenüber einer Person, die sie irrigerweise für einen Aufsichtsbeamten halten, während es sich in Wirklichkeit um einen mit Ausbesserungsarbeiten beschäftigten Arbeiter handelt.

Eine Vollendung des § 122 Abs. 3 scheidet hier aus, weil sich der Gewaltakt nicht gegen eine der in § 122 Abs. 3 genannten Personen richtete. Da aber der Gewalttäter A irrtümlich ein Tatbestandsmerkmal für gegeben ansah, bei dessen Verwirklichung § 122 Abs. 3 erfüllt gewesen wäre, liegt ein untauglicher Versuch vor.

Aber auch wenn man die Fälle des untauglichen Versuchs außer Betracht läßt, kann Baumgartens Annahme von der begrifflichen Unmöglichkeit eines Versuchs im Rahmen des § 122 Abs. 3 nicht beigespflichtet werden. Zwar verdient er Zustimmung, wenn er einen "Anfang der Ausführung" nicht schon in dem Zeitpunkt für gegeben erachtet, in dem die Absicht, Gewalttätigkeiten zu verüben, nur irgendwie zum Ausdruck gekommen ist. Die gegenteilige Ansicht CHRISTMANN¹⁾ verkennt, daß die Abgrenzung zwischen Versuch und Vorbereitungshandlung nicht allein subjektiv, nach der Vorstellung des Täters vorgenommen werden darf, sondern daß von dem in § 43 geforderten Anfang der Deliktausführung erst dann gesprochen werden kann, wenn eine unmittelbare Gefährdung des betreffenden Schutzobjektes eingetreten ist²⁾. Da das Gesetz eine besondere Gefahr für die Anstaltsordnung nur bei der Vornahme von Gewalttätigkeiten für gegeben hält, also ein bestimmtes körperliches Verhalten verlangt, genügen den Anforderungen des § 43 lediglich solche Handlungen, die bereits einen Beginn der im § 122 Abs. 3 beschriebenen Tätigkeit darstellen. Solange ein Gefangener allein durch Worte seine Bereitschaft zu erkennen gibt, Gewalttätigkeiten zu begehen, kann von einem Versuch des § 122 Abs. 3 nicht gesprochen werden. Wenn dadurch auch der Versuchsbereich außerordentlich eingeschränkt ist, zumal der Begriff "Gewalttätigkeit" den Eintritt eines Erfolges nicht voraussetzt, so treffen doch Versuch und Vollendung nicht stets zusammen. Das wurde schon für die Merkmale des Angriffs und des Widerstandes mit Gewalt, die beide in dem Oberbegriff "Gewalttätigkeit" enthalten sind, festgestellt.³⁾ Daß diese Auffassung zutreffend ist, soll an folgendem Beispiel gezeigt werden:

Der Meuterer A ergreift den Hammer, mit dem er den Aufsichtsbeamten niederzuschlagen beabsichtigt. Bevor er sein Vorhaben ausführen kann, wird er von dem Haftpersonal überwältigt.

1) S. 60

2) Überwiegende Meinung, vergl. SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 10 ff. zu § 43

3) Siehe S. 45

In dem Verhalten des A kann eine vollendete Gewalttätigkeit nicht gesehen werden. Das Ergreifen des Hammers bedeutet noch keine körperliche Einwirkung auf den betroffenen Aufsichtsbeamten. Da aber die Handlung des A den Anfang der Ausführung einer Gewalttätigkeit darstellt, liegt der Versuch einer Gewalttätigkeit vor.

Auch die Überlegung des Bundesgerichtshofs, mit Hilfe des Gesetzeswortlauts die Straflosigkeit des Versuchs des § 125 Abs. 2 zu begründen, überzeugt nicht.

Das StGB kennt eine Reihe von Vorschriften, bei denen der Gesetzgeber zur Beschreibung des Tatbestandes das Perfekt verwendet, obwohl die Möglichkeit eines strafbaren Versuchs überhaupt nicht gegeben ist, §§ 117 Abs. 2, 121 Abs. 2, 123 Abs. 2, 151, 227 Abs. 1, 326, 327 Abs. 2. Die genannten Bestimmungen stellen Vergehen dar und enthalten nicht den für die Anwendung des § 43 erforderlichen Zusatz, der die Strafbarkeit des Versuchs vorsieht. Die Zeitformen dieser Tatbestände ergeben sich auch nicht wie bei den Konkursdelikten aus dem zeitlichen Verhältnis zwischen Tathandlung und objektiver Bedingung der Strafbarkeit. Der Gesetzgeber hätte in den Fällen der §§ 117 Abs. 2, 121 Abs. 2 usw., ohne die Zeitenfolge zu mißachten, das Präsens verwenden können, wenn er mit den einzelnen Zeitformen eine Anordnung über die Strafbarkeit bzw. Straflosigkeit des Versuchs hätte treffen wollen. Wenn er dies unterlassen hat, so kann das nur bedeuten, daß die Fassung der Tatbestände nicht im Hinblick auf die Strafbarkeit bzw. Straflosigkeit des Versuchs erfolgt ist, sondern allein darüber Aufschluß geben soll, wann eine Tat vollendet ist.

Davon geht in den Fällen der §§ 225 und 251 auch die überwiegende Meinung aus, die bei § 251 trotz der Verwendung des Perfektes, bei § 225 sogar des Plusquamperfektes keine Bedenken gegen die Strafbarkeit des Versuchs erhebt. ¹⁾

Daß im übrigen auch für den Bundesgerichtshof der Gesetzeswortlaut einer Anwendung des § 43 nicht unbedingt entgegensteht, zeigt eine zu § 239 Abs. 2 ergangene - allerdings umstrittene - Entscheidung ²⁾. Der Bundesgerichtshof hält im Fall des § 239 Abs. 2 "Wenn die Freiheitsentziehung über eine Woche gedauert hat" ... "einen strafbaren Versuch für möglich, wenn sich die Freiheitsberaubung tatsächlich nicht über eine Woche erstreckte, der Vorsatz des Täters

1) Für § 225: RGSt 9, 67; 61, 180; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 5 zu § 225; SCHWARZ-DREHER Anm. 2 zu § 225; WELZEL Lb S. 266

Für § 251: JAGUSCH LK Anm. 5 zu § 251; SCHWARZ-DREHER Anm. B 3 zu § 251; MAURACH BT S. 243

2) BGH GA 1958, 304

aber auf den im Gesetz genannten Zeitraum gerichtet war. ¹⁾

Auch mit dem Sinn und Zweck des § 122 Abs. 3 läßt sich die Straflosigkeit des Versuches des § 122 Abs. 3 nicht rechtfertigen. Mag auch die subjektive Theorie des Reichsgerichts ²⁾, nach der das Unrecht der Versuchstat in der Betätigung des verbrecherischen Willens, in der Auflehnung gegen die Rechtsordnung besteht, einer Einschränkung durch das Kriterium der Gefährdung des geschützten Rechtsguts bedürfen, so darf doch der Gefährdungsgedanke nicht so verstanden werden, daß die betreffende Handlung zur Erfüllung des Tatbestandes tauglich sein muß. Er kann lediglich bedeuten, daß hierdurch der Eindruck einer Beeinträchtigung des Schutzobjektes hervorgerufen wird, weil das gezeigte Verhalten geeignet ist, das Gefühl der Rechtssicherheit zu erschüttern. ³⁾ Diese Voraussetzung trifft ersichtlich in den Fällen des Versuchs des § 122 Abs. 3 zu.

Schließlich verdient die Ansicht des OLG Frankfurt keine Zustimmung. Sie hat zur Folge, daß die Strafbarkeit des Versuchs von Zufälligkeiten abhängt. Hat bereits ein Teilnehmer der Zusammenrottung eine Gewalttätigkeit begangen, so sind Beteiligte, die zeitlich später einen Gewaltakt zu verüben suchen, nach §§ 122 Abs. 3 bzw. 125 Abs. 2, 43 zu bestrafen. Dagegen kommt eine Bestrafung aus diesen Vorschriften vor Vollendung einer Gewalttätigkeit nicht in Betracht. Zu einem derartigen Ergebnis zwingt jedoch der Aufbau der §§ 122 und 125 nicht. §§ 122 Abs. 3 und 125 Abs. 2 setzen den vollen Tatbestand der §§ 122 Abs. 1 und 125 Abs. 1 nur für die Vollendung, nicht auch für den Versuch voraus. Es besteht kein Grundsatz des Inhalts, daß für die Bestrafung aus einem Qualifikationstatbestand stets die Vollendung des Grunddelikts Voraussetzung ist.

Von diesem Grundsatz wollen allerdings HÄLSCHNER ⁴⁾ und JOHN ⁵⁾ in den Fällen der §§ 115, 122 und 125 deshalb eine Ausnahme machen, weil die Grundtatbestände, die §§ 115 Abs. 1, 122 Abs. 1 und 125 Abs. 1 den Versuch straflos lassen. Sie folgern daraus, auch der Versuch der §§ 115 Abs. 2, 122 Abs. 3 und

1) Im Ergebnis übereinstimmend SCHAEFER LK Anm. VII zu § 239; MAURACH BT S. 118; WELZEL Lb S. 292; a. A. SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 14 zu § 239. Dort wird die gegenteilige Auffassung aber nicht auf die Verwendung des Perfekts gestützt, sondern auf die Annahme, § 239 Abs. 2 stelle ein erfolgsqualifiziertes Delikt dar und deshalb sei ein Versuch nicht strafbar.

2) RGSt 1, 441; 8, 203; 34, 21; ebenso BGHSt 11, 268; 11, 324; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 6 vor § 43

3) MEZGER-BLEI AT S. 226

4) BT II 2, 827

5) H. H. Bd. 3, 134

125 Abs. 2 müsse bei fehlender Vollendung der §§ 115 Abs. 1, 122 Abs. 1 und 125 Abs. 1 straflos bleiben. Aufruhr, Gefangenemeuterei und Landfriedensbruch stellten "Mehrheitsverbrechen" dar. Bei ihnen sei es unzulässig, einige der Beteiligten wegen einer versuchten Tat zu strafen, §§ 115 Abs. 2, 122 Abs. 3 bzw. 125 Abs. 2, 43, das Verhalten der übrigen dagegen als straflose Handlung zu betrachten, strafloser Versuch der §§ 115 Abs. 1, 122 Abs. 1 bzw. 125 Abs. 1.

Gegen diese Überlegung ist zunächst einzuwenden, daß Fälle denkbar sind, in denen es zur Vollendung der §§ 115 Abs. 1, 122 Abs. 1 bzw. 125 Abs. 1 nicht gekommen ist, sich jedoch alle Beteiligten eines Versuchs der §§ 115 Abs. 2, 122 Abs. 3 bzw. 125 Abs. 2 schuldig gemacht haben. Zur Verdeutlichung sei für § 122 folgendes Beispiel angeführt:

Die Gefangenen A, B und C schlagen gemeinsam auf D ein, den sie irrtümlich für einen Aufsichtsbeamten halten.

Der Tatbestand des § 122 Abs. 1 ist in diesem Fall nicht erfüllt, da sich die Handlung nicht gegen eine der dort genannten Personen richtete. Dennoch haben A, B und C einen Versuch des § 122 Abs. 3 begangen.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, daß auch "Mehrheitsverbrechen" verübt werden können, ohne daß jeder Beteiligte für sein Verhalten strafrechtlich verantwortlich ist. So wird der Tatbestand des Landfriedensbruchs nicht dadurch ausgeschlossen, daß die zusammengerottete Menschenmenge bis auf wenige oder sogar einen einzigen Teilnehmer aus strafunmündigen Personen bestand. So entfällt die Bestrafung eines Gefangenen aus § 122 nicht deshalb, weil sein meuterner Komplize unzurechnungsfähig war. Es erscheint somit nicht zwingend, § 43 in den Fällen der §§ 115 Abs. 2, 122 Abs. 3 bzw. 125 Abs. 3 mit der Begründung für unanwendbar zu halten, daß andernfalls ein Teil der Rottierer, für die die Tat lediglich einen straflosen Versuch der §§ 115 Abs. 1, 122 Abs. 1 bzw. 125 Abs. 1 darstellt, straflos bliebe, während die übrigen aus den §§ 115 Abs. 2, 122 Abs. 3 bzw. 125 Abs. 2, 43 bestraft würden.

V. Die Anwendung des § 49 a

Ebenso wie die Strafbarkeit des Versuchs ist auch die Anwendbarkeit des § 49 a im Rahmen des § 122 Abs. 3 umstritten.

Für einen Ausschluß des § 49 a treten H. MAYER ¹⁾, SCHMITT ²⁾ und FR. CHR. SCHROEDER ³⁾ ein.

H. MAYER begründet diese Ansicht mit der Erwägung, es verstieße gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung gleichwertiger Sachverhalte, wenn man die Vorbereitungshandlungen des § 49 a bei § 122 Abs. 3 unter Strafe stellte. Da die gelungene einfache Selbstbefreiung straflos bleibe, obwohl sie schwerer wiege als eine mißlungene Anstiftung oder bloße Verabredung zu einer Meuterei, müsse dies auch für die Fälle des § 49 a gelten.

Gegen diese Überlegung ist einzuwenden, daß vergleichbare Sachverhalte in Wirklichkeit nicht gegeben sind. Das StGB enthält keinen Tatbestand der einfachen Selbstbefreiung. Sie stellt deshalb kein kriminelles Unrecht dar. Die vom Gesetzgeber getroffenen und im Gesetz zum Ausdruck gebrachte Wertentscheidung läßt H. Mayer daher außer acht, wenn er die Selbstbefreiung für schwerwiegender hält als die Vorbereitungshandlungen zu einer Meuterei.

Gegen die Betrachtungsweise H. Mayers spricht außerdem, daß sich die einfache Selbstbefreiung gegen ein anderes Rechtsgut richtet als die Meutereihandlungen des § 122, § 122 dient der Aufrechterhaltung der Anstaltsordnung, die einfache Selbstbefreiung dagegen beseitigt den Fortbestand des staatlichen Haftrechts. Stimmen aber die Angriffssobjekte nicht überein, so kann aus der Straflosigkeit der einfachen Selbstbefreiung nicht auf die Unanwendbarkeit des § 49 a im Rahmen des § 122 Abs. 3 geschlossen werden.

H. MAYER begründet seine Ansicht weiter mit der Überlegung, ein Gefangener, der an einer Meuterei teilnehme, bei welcher Gewalttätigkeiten begangen würden, könne nur aus § 122 Abs. 1 bestraft werden, wenn er nicht selbst Gewalttaten verübt habe, obwohl er an sich Mittäter zu § 122 Abs. 3 sei. Ein Gefangener dagegen, der zu einer Meuterei, die niemals stattfinde, auffordere, sich verabrede oder bereiterkläre, müßte über § 49 a mit der Zuchthausstrafe des § 122 Abs. 3 belegt werden. Dieses Ergebnis sei untragbar.

Auch mit dieser Erwägung läßt sich der Ausschluß des § 49a nicht rechtfertigen. Zwar trifft denjenigen Gefangenen, der sich lediglich an einer Meuterei beteiligt, nur die Gefängnisstrafe des § 122 Abs. 1, während der Gefangene, der die Voraussetzungen des § 49 a erfüllt, unter den Strafrahmen des § 122 Abs. 3 fällt. Darin liegt jedoch kein Widerspruch. § 122 Abs. 3 stellt ein eigenhändiges Delikt dar. Der Mitläufer einer Meuterei ist daher entgegen H. MAYER nicht

1) JZ 1956, 434

2) JuS 1961, 26

3) NJW 1964, 1114

Mittäter zu § 122 Abs. 3. Als Täter der Qualifikation kommt allein derjenige Gefangene in Betracht, der in eigener Person Gewaltakte vornimmt. Nur er - und in den herausgearbeiteten engen Grenzen auch Anstifter und Gehilfen - werden von § 49 a erfaßt. Daß aber sie für die Vorbereitungshandlungen des § 49 a einem strengeren Strafraum unterworfen werden als die Mitläufer der Meuterei, widerspricht durchaus nicht strafrechtlichen Grundsätzen. Ähnliche Fälle sind überall dort gegeben, wo der Grundtatbestand eines Delikts ein Vergehen, dessen Qualifikation dagegen ein Verbrechen darstellt.

H. MAYER führt außerdem für seine Auffassung kriminalpolitische Gesichtspunkte an. Gefangene beschäftigten sich naturgemäß häufig mit Ausbruchsplänen. In der Regel fehle jedoch den Gefangenen letztlich die nötige Entschlossenheit, um ihr Vorhaben in die Tat umzusetzen. Eine Bestrafung in derartigen Fällen laufe der Aufgabe der Vollzugsbeamten, auf die Häftlinge einzuwirken, ihre Strafe als gerechte Sühne hinzunehmen und sich mit ihrer Lage abzufinden, zuwider. Diese schwierige Aufgabe werde dem Aufsichtspersonal nahezu unmöglich gemacht, wenn sie jedes mehr oder weniger realisierbare Fluchtunternehmen als strafbar betrachten müßten. Sie würden dadurch in die Rolle des erbarmungslosen Feindes der Gefangenen gedrängt, obwohl sie dessen Freunde und Helfer sein sollten und wollten. Dieses kriminalpolitische Bedenken lasse sich nicht mit dem Hinweis auf die Möglichkeit des strafbefreienden Rücktritts nach § 49 a Abs. 3 und 4 ausräumen. Nicht selten werde sich nämlich ein Gefangener Straffreiheit nicht verdienen wollen, wenn er sich mit dem Freiheitsentzug nicht abfinden könne, häufig aber auch gar nicht verdienen können, wenn der Plan frühzeitig von den Mitgefangenen verraten werde.

Gegen diese Überlegung ist zunächst einzuwenden, daß durchaus nicht alle Fluchtpläne der Gefangenen nach § 49 a strafbar sind. Das Strafrecht mißbilligt eine Auflehnung der Gefangenen gegen die Freiheitsentziehung nur dann, wenn sie den Charakter der Meuterei annimmt. Solange die Gefangenen ihre Befreiung auf einem Wege zu erreichen beabsichtigen, der nicht gegen § 122 Abs. 3 verstößt, geraten sie über § 49 a mit dem Strafgesetz nicht in Konflikt. Ihnen bleibt daher ein genügender Spielraum, innerhalb dessen sie Fluchtpläne schmieden können, ohne sich dabei strafbar zu machen.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, daß kriminalpolitische Gesichtspunkte grundsätzlich nicht geeignet sind, eine ansich anwendbare Strafvorschrift auszuschließen, zumal, wenn wie hier die Richtigkeit dieser Gesichtspunkte nicht erwiesen ist. Es sprechen ebensoviel Gründe für die Annahme H. MAYERS, daß die Anwendung des § 49 a dem Aufsichtspersonal seine Aufgabe erschwert wie für das Gegenteil; denn das Wissen der Gefangenen, sich nicht ungestraft gegen

das Haftpersonal auflehnen zu können, wird nicht selten zu der Erkenntnis führen, daß es für sie zweckmäßiger ist, den Anordnungen ihrer Bewacher Folge zu leisten.

Dogmatisch versucht H. MAYER seine Auffassung mit dem Begriff der "notwendigen Teilnahme" zu begründen ¹⁾. Zwar sei dem geltenden Recht ein Grundsatz des Inhalts fremd, daß überall dort, wo die Verwirklichung eines Tatbestandes das Zusammenwirken mehrerer Personen erfordere, die §§ 47 ff. außer Kraft treten müßten. Stets aber bedürfe es hier der Untersuchung, ob sich die uneingeschränkte Anwendung der Teilnahmevorschriften mit dem Sinn des einzelnen Delikts vereinbaren lasse. Im Fall des § 122 sei dies zu verneinen. Jeder Gefangene sei "in den menschlichen Umkreis eingeschlossen, in dem Fluchtpläne ausgeheckt und besprochen werden". § 122 könne daher so ausgelegt werden, daß er die Beteiligung von Gefangenen an einer Meuterei abschließend regeln wolle, § 49 a somit nicht Platz greife.

Auch diese Erwägung rechtfertigt die Ansicht H. MAYERS nicht.

Die Frage, ob in den Fällen der "notwendigen Teilnahme" die Teilnahmevorschriften uneingeschränkt anwendbar sind, stellt sich bei den Konvergenzdelikten, zu denen § 122 gehört, nicht ²⁾. Sie ist nur bei den Begegnungsdelikten problematisch. Das beruht auf der Tatsache, daß das Gesetz hier lediglich bestimmte Personen als Täter ansieht, folglich offen läßt, ob andere an der Tatbestandsverwirklichung notwendig Beteiligte straffrei ausgehen oder über die §§ 48, 49 zur Verantwortung gezogen werden sollen. Bei den Konvergenzdelikten erklärt dagegen das Gesetz alle an der Tat Mitwirkende für strafbar, so daß ein Ausschluß der Teilnahmevorschriften bezüglich der notwendig Beteiligten in diesen Fällen nicht in Frage steht.

Auch die von FR. CHR. SCHROEDER ³⁾ vorgebrachten Argumente vermögen den Ausschluß des § 49 a nicht zu begründen.

Die Erwägung, § 122 Abs. 3 greife nur ein, wenn Gewalttätigkeiten tatsächlich verübt seien, ist bereits bei der Frage der Strafbarkeit des Versuchs abgelehnt worden. Gegen den Hinweis, Beweisschwierigkeiten geböten die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen des § 49 a, spricht, daß die Schwierigkeiten in Wirklichkeit nicht größer sein dürften als allgemein in den Fällen des § 49 a. Im übrigen ist dieser Gesichtspunkt nicht geeignet, eine Änderung des materiellen Rechts herbeizuführen.

1) Zum Problem der notwendigen Teilnahme vergl. FREUDENTHAL, Die notwendige Theilnahme am Verbrechen, und LANGE, Die notwendige Teilnahme

2) LANGE S. 12

3) NJW 1964, 1114

Ist somit ein Ausschluß des § 49 a im Rahmen des § 122 Abs. 3 abzulehnen, so kann andererseits § 49 a nicht uneingeschränkt angewendet werden.

Da nach der hier vertretenen Auffassung Anstiftung zu § 122 Abs. 3 nur bei unmittelbarer körperlicher Mitwirkung an den Gewaltakten bestraft wird, ist dem Bundesgerichtshof ¹⁾, der § 49 a bei jeder versuchten Anstiftung zu § 122 Abs. 3 für gegeben hält, nicht zuzustimmen. § 49 a muß vielmehr in den Fällen ausgeschlossen bleiben, in denen der Anstifter weder an der Zusammenrottung noch an den Gewalthandlungen teilnehmen will.

Die Alternative des "Verabredens" ist nach den Ausführungen über die Grenzen der Täterschaft auf die Fälle zu beschränken, in denen wenigstens zwei Gefangene die Absicht haben, sich zusammenrotten und gemeinsam Gewalttätigkeiten zu verüben. Diese Forderung folgt aus der Tatsache, daß "verabreden" i.S. des § 49 a die Willenübereinstimmung von mindestens zwei Beteiligten voraussetzt, die geplante Tat als Mittäter zu begehen ²⁾. Da § 122 Abs. 3 ein eigenhändiges Delikt darstellt und damit Täter allein derjenige Gefangene sein kann, der in eigener Person Gewaltakte begeht, sind die Merkmale des Verabredens nicht erfüllt, wenn von zwei Gefangenen nur der eine das Haftpersonal angreifen und der andere ihn bei seinem Vorhaben lediglich unterstützen soll ³⁾.

Bei dieser Sachlage verwirklicht aber der Gefangene, der selbst Gewalttätigkeiten verüben will, die Voraussetzungen des "Sich Bereiterklärens". Der Beitrag seines Komplizen genügt dagegen den Anforderungen dieses Tatbestandsmerkmals nicht; denn ihm fehlt die hierfür notwendige Absicht, die geplante Tat in der Form der Täterschaft auszuführen. ⁴⁾

Für die Frage, in welchen Fällen die Alternative der "Annahme des Anerbietens" im Rahmen des § 122 Abs. 3 eingreift, ist zunächst der Anwendungsbereich dieser Begehungsform zu klären.

Hierbei stehen sich zwei Auffassungen gegenüber. MAURACH ⁵⁾ sieht in der Annahme des Anerbietens lediglich eine Erscheinungsform der versuchten Anstiftung. Nach DREHER ⁶⁾ und BLEI ⁷⁾ handelt es sich um einen Fall erfolgloser

1) BGHSt 8, 294

2) OLG Hamm NJW 1959, 1237; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 21 zu § 49a; MEZGER-BLEI AT S. 265; MAURACH JZ 1961, 141

3) OLG Hamm NJW 1959, 1237; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 14 zu § 122; DALCKE-SCHÄFER Anm. 7 zu § 122; WELZEL Lb S. 458; wohl auch BGHSt 12, 307

4) SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 23 zu § 49 a

5) AT S. 600

6) GA 1954, 18

7) NJW 1958, 30; MEZGER-BLEI AT S. 272

Beihilfe. MAURACH ¹⁾ meint, die Annahme müsse den Tatentschluß des Erklärenden bewirken; ein *omnimodo facturus* könne sich nicht "erbieten". Seine Äußerung werde nicht an-, sondern zur Kenntnis genommen. DREHER und BLEI dagegen halten diese Alternative überhaupt nur dann für gegeben, wenn die Vornahme des angebotenen Verbrechens gerade nicht von der Zustimmung desjenigen abhängt, dem gegenüber der Vorschlag gemacht wird.

Die letztere Ansicht erscheint zutreffend. Ist der Anbietende zur Tat noch nicht fest entschlossen und wird er erst durch das Verhalten des Annehmenden zur Begehung der Straftat bestimmt, so stellt sich die Annahme in Wirklichkeit als Anstiftungshandlung dar, die, falls das Verbrechen nicht zur Ausführung gelangt, von § 49 a Abs. 1 erfaßt wird. Folgt man daher Maurach, so kommt der "Annahme des Anerbietens" keine selbständige Bedeutung zu. Für eine derartige Einschränkung besteht kein zwingender Grund. Zwar ist in der bloßen Kenntnisnahme eines Verbrechensplanes noch nicht dessen Annahme zu erblicken ²⁾. MAURACH kann aber nicht gefolgt werden, wenn er meint, das Angebot eines *omnimodo facturus* könne stets nur zur Kenntnis genommen werden. Die Entscheidung darüber, ob Kenntnisnahme oder Annahme gegeben ist, hat allein vom Standpunkt desjenigen zu erfolgen, demgegenüber die Erklärung abgegeben wurde. Die Annahme setzt ein Verhalten voraus, durch welches das Einverständnis mit dem Vorschlag, eine Straftat zu begehen, zum Ausdruck gebracht wird. Die Kenntnisnahme erschöpft sich in der bloßen Wahrnehmung des Vorschlags. Die Annahme geht also über die Kenntnisnahme hinaus und erfordert zusätzlich eine positive, äußerlich erkennbare Einstellung gegenüber der Erklärung des Dritten ³⁾. Ob dieser die Durchführung des geplanten Verbrechens von der Billigung des Annehmenden abhängig macht, ist ohne Bedeutung.

Mit der Klärung des Anwendungsbereichs und der Feststellung, daß die "Annahme des Anerbietens" einen Fall versuchter Beihilfe betrifft, sind die Schwierigkeiten jedoch noch nicht beseitigt. DREHER ³⁾ und BLEI ⁴⁾ sehen nämlich hierein lediglich eine Form der psychischen Beihilfe. Sie wollen diese Alternative nur eingreifen lassen, wenn sich der Annehmende "auf seine Erklärung beschränkt". ⁵⁾ Danach wäre eine "Annahme des Anerbietens" im Rahmen des § 122 Abs. 3 nicht möglich, weil nach den oben gewonnenen Ergebnissen psychische Beihilfe zu § 122

1) AT S. 600

2) MEZGER-BLEI AT S. 272

3) GA 1954, 18

4) NJW 1958, 30; MEZGER-BLEI AT S. 272

5) DREHER a. a. O.

Abs. 3 nicht bestraft wird. 1)

Eine derartige Einschränkung erscheint nicht gerechtfertigt. Grund für die Bestrafung der "Annahme des Anerbietens" ist die Gefahr, daß der Anbietende die geplante Straftat begeht, wenn er von einem Dritten in seinem Entschluß bestärkt wird. Diese Gefahr besteht aber in noch größerem Maße, wenn der Dritte sich nicht nur mit dem Vorhaben einverstanden erklärt, sondern ihm darüber hinaus tatkräftige Unterstützung zusagt.

Verspricht daher der Annehmende dem Anerbietenden eine qualifizierte Beteiligung an dem Gewaltakt gegenüber dem Aufsichtspersonal, so sind die Voraussetzungen des § 122 Abs. 3 i. V. mit § 49 a Abs. 2 erfüllt.

1) Siehe S. 90 ff

3. TEIL

DER TATBESTAND DER GEFANGENENMEUTEREI IM
ENTWURF EINES STRAFGESETZBUCHS 1962

Dem RStGB folgend enthält der Entwurf 1962 einen besonderen Tatbestand der Gefangenemeuterei. Die Anregung M.E. MAYERS ¹⁾ und HOFMANN'S ²⁾, die Gefangenemeuterei in der Vorschrift über den Aufruhr aufgehen zu lassen, wurde nicht berücksichtigt. Die genannten Autoren halten § 122 für eine überflüssige Belastung des Gesetzbuchs. Sie vertreten die Auffassung, eine Vereinigung der §§ 115 und 122 könne unschwer durchgeführt werden, da die prinzipiellen Unterschiede zwischen der Gefangenemeuterei und dem Aufruhr nicht erheblich seien. Eine derartige Verbindung erscheint HOFMANN vor allem auch deshalb zweckmäßig, weil hierdurch erreicht werde, "daß die strafrechtliche Ignorierung der Selbstbefreiung des Gefangenen ihren vollen Ausdruck fände und ganz in das Reich der strafrechtlich irrelevanten Motive verwiesen würde. Anstelle der §§ 115 und 122 schlägt Hofmann folgende einheitliche Fassung vor ³⁾:

"Wer an einer öffentlichen oder als Gefangener auch an einer nicht-öffentlichen Zusammenrottung, bei welcher eine der in §§ 113 und 114 bezeichneten Handlungen mit vereinten Kräften begangen wird, theilnimmt, wird wegen Aufruhrs mit Gefängnis nicht unter 6 Monaten bestraft.

Wegen Aufruhrs werden Gefangene außerdem bestraft, welche sich zusammenrotten und mit vereinten Kräften einen gewaltsamen Ausbruch unternehmen. Der Gefangenenaufbruch (Meuterei) kann von 2 oder mehreren Gefangenen begangen werden.

Die Rädelsführer sowie diejenigen Aufrührer oder Meuterer, welche eine der in §§ 113 und 114 bezeichneten Handlungen begehen, werden mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bestraft; auch kann auf Zulässigkeit der Polizeiaufsicht erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter 6 Monaten ein."

Der Entwurf 1962 hat zu Recht eine derartige Verbindung von Aufruhr und Gefangenemeuterei nicht durchgeführt. Er betont demgegenüber die Ähnlichkeit zwischen Aufruhr und Landfriedensbruch; der Tatbestand des Aufruhrs wurde in die Bestimmung über den Landfriedensbruch eingefügt, § 295 E, und in die "Straftaten

1) Gefangenenerbefreiung S. 16 ff.

2) S. 90 ff.

3) S. 96

gegen die öffentliche Ordnung" eingereiht. Ob diese Konzeption zutreffend ist, mag dahingestellt bleiben. Gefangeneneuterei und Aufruhr jedenfalls weisen zumindest in einem Punkt eine Verschiedenheit auf, die eine Zusammenfassung beider Delikte verbietet, ganz abgesehen davon, daß eine derartig umfangreiche Vorschrift, wie sie Hofmann vorschlägt, wohl kaum eine bessere Lösung bedeutet als zwei getrennte Tatbestände. Im Fall des Aufruhrs wird bestraft, wer sich der Zusammenrottung anschließt. Das Unrecht der Tat besteht in der bloßen Beteiligung ¹⁾. Im Fall der Meuterei dagegen besteht die strafbare Handlung nicht allein in der Teilnahme an der Zusammenrottung. Es muß darüber hinaus noch eine Begehung mit vereinten Kräften, d.h. zumindest psychische Unterstützung des beabsichtigten Vorhabens durch jeden Gefangenen, hinzutreten. Dieser Unterschied, sachlich durchaus gerechtfertigt ²⁾, wird im Entwurf 1962 beibehalten. Er läßt sich in einer Bestimmung nicht zum Ausdruck bringen.

Der Entwurf 1962 behandelt die Gefangeneneuterei in dem Abschnitt "Auflehnung gegen die Staatsgewalt". Aus Gründen der Übersichtlichkeit widmet er der Gefangeneneuterei zwei Vorschriften, die §§ 423 und 424. Das Bestreben der Verfasser des Entwurfs ging bei der Ausgestaltung der Tatbestände dahin, § 122 in seinen Grundzügen zu übernehmen. Der Schutz gegen gewaltsame Ausbreitungen von Gefangenen sollte jedoch erweitert und die tatbestandlichen Voraussetzungen in einigen Punkten gegenüber dem geltenden Recht geändert werden ³⁾. Das hat zu folgender Fassung der § 423 und 424 E geführt:

423:

"1) Gefangene, die mit vereinten Kräften

1. einen Anstaltsbeamten, einen anderen Amtsträger oder einen mit ihrer Beaufsichtigung Beauftragten nötigen (§ 170) oder tätlich angreifen,
 2. gewaltsam ausbrechen oder
 3. gewaltsam einem von ihnen oder einem anderen Gefangenen zum Ausbruch verhelfen,
- werden mit Gefängnis von 3 Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Der Versuch ist strafbar.

2) Gefangene, die mit vereinten Kräften aus Widersetzlichkeit Sachen von mehr als nur geringem Wert zerstören oder beschädigen, werden mit Gefängnis bis zu fünf Jahren bestraft.

1) Allg. Meinung, vergl. z.B. RGSt 55, 249; 58, 209; 60, 331; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 8 zu § 115

2) Siehe oben S. 52

3) Begründung zu § 423 S. 609

- 3) Gefangener im Sinne der Absätze 1 und 2 ist auch, wer in Sicherungsverwahrung, vorbeugender Verwahrung, in einer Bewahrungsanstalt oder einem Arbeitshaus untergebracht ist."

424:

"In besonders schweren Fällen des § 423 Abs. 1 wird die Meuterei mit Gefängnis nicht unter einem Jahr bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. der Täter Rädelsführer ist,
2. er oder ein anderer Beteiligter eine Schußwaffe bei sich führt,
3. der Täter selbst Gewalt gegen einen anderen anwendet oder ihn tätlich angreift oder
4. die Meuterei den Tod oder eine schwere Schädigung eines anderen an Körper oder Gesundheit (§ 147 Abs. 2) zur Folge hat."

I. DER TATBESTAND DER EINFACHEN MEUTEREI

Betrachtet man den Tatbestand des § 423 E insgesamt, so fällt auf, daß der Entwurf davon abgesehen hat, § 423 E wie § 122 Abs. 1 und 2 StGB als Unternehmensdelikt auszugestalten. Diese Änderung ist begrüßenswert, weil sie im Gegensatz zum geltenden Recht die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts eröffnet.

Auch die in § 423 Abs. 1 vorgesehene Herabsetzung der Mindeststrafe auf drei Monate Gefängnis verdient Zustimmung. Die Mindeststrafe des § 122 StGB von 6 Monaten Gefängnis erscheint für Mitläufer der Meuterei vielfach zu hoch.

1. Übereinstimmung mit dem geltenden Recht

Von § 122 übernimmt § 423 E die Unterteilung in die Begehungsformen des Angriffs und der Nötigung gegenüber den Anstaltsbeamten auf der einen und die des gewaltsamen Ausbruchs auf der anderen Seite. Eine Klarstellung, ob die letztgenannte Alternative auf die Fälle der Überwindung der sachlichen Verwahrungsvorschriften beschränkt ist oder auch Fluchtvorhaben erfaßt, bei denen gegen die in § 423 Abs. 1 Nr. 1 E genannten Personen Gewalt angewandt wird, läßt der Entwurf 1962 bedauerlicherweise vermissen. Kommt in geltenden Recht dieser Streitfrage ¹⁾ keine sachliche Bedeutung zu, so sind im Entwurf mit der Entscheidung praktische Folgen verbunden. Das beruht auf der unterschiedlichen Ausgestaltung

1) Dazu oben S. 38

des Meutereitatzbestandes *de lege lata* und *de lege ferenda*. § 122 Abs. 1 bedroht das Unternehmen der Nötigung, § 122 Abs. 2 das Unternehmen des Ausbruchs mit Strafe, beide Vorschriften sehen also den Versuch als vollendete Tat an. Es bleibt daher im Ergebnis bedeutungslos, ob man in Fällen, in denen die Nötigung vollendet, der Ausbruch aber letztlich mißlungen und damit nur versucht ist, § 122 Abs. 1 oder § 122 Abs. 2 für gegeben hält.

Anders stellt sich die Sachlage nach dem Entwurf dar, da er die Meuterei nicht als Unternehmensdelikt behandelt. Hier gelangt man, je nachdem welchen Tatbestand man für erfüllt erachtet, entweder zur Annahme einer vollendeten oder versuchten Tat. Geht man von der *de lege lata* überwiegenden und zutreffenden Auffassung aus und wendet in derartigen Fällen § 423 Abs. 1 Nr. 1 E an, dann liegt eine vollendete Meuterei vor. Legt man die Entscheidung des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs ¹⁾ zu Grunde, dann kommt lediglich eine Bestrafung wegen eines Versuchs oder § 423 Abs. 1 Nr. 2 oder 3 E in Betracht; denn die Nötigung des Aufsichtsbeamten allein führt nicht zur Vollendung des Delikts, sondern erst der gelungene Ausbruch. Den Meuterern stünden also noch die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts nach § 28 E offen, eine Vergünstigung, die ihnen nach der Auffassung der heute herrschenden Meinung verschlossen wäre.

Dieses unterschiedliche Ergebnis beweist, daß der Entwurf die Regelung des geltenden Rechts nicht einfach hätte übernehmen dürfen, sondern daß er Stellung hätte beziehen müssen, welche Fälle von der Begehungsform des gewaltsamen Ausbruchs erfaßt werden sollen.

2. Klarstellung gegenüber dem geltenden Recht

In einigen Punkten dient die Regelung des § 423 lediglich der Klarstellung gegenüber dem geltenden Recht.

So heißt es statt "angreifen" in § 122 Abs. 1 in § 423 Abs. 1 Nr. 1 "tätlich angreifen". Damit soll die zu § 122 Abs. 1 allgemein vertretene Ansicht ²⁾ gesetzlich festgelegt werden, daß allein ein tätlicher Angriff den Tatbestand der Gefangenemeuterei erfüllt.

Weiter bringt der Entwurf durch die Verweisung auf § 170 E zum Ausdruck, daß als Nötigungsmittel nur Gewalt und gefährliche Drohung in Betracht kommen. Dadurch wird der *de lege lata* überwiegenden Auffassung ³⁾, die zu Unrecht

1) BGHSt 16, 34

2) Siehe die auf S. 26 in Anm. 1 Genannten

3) Z.B. RGSt 58, 76; BGHSt NJW 1951, 160

jede Nötigung für ausreichend hält, endgültig der Boden entzogen. Die Verfasser des Entwurfs haben dabei nicht verkannt, daß als Folge ihrer Entscheidung bestimmte Fälle, wie etwa Arbeitsverweigerung zur Erreichung besserer Haftbedingungen, straflos bleiben ¹⁾. Zutreffend wird aber in der Begründung des Entwurfs darauf hingewiesen, ohne die beabsichtigte Beschränkung der Zwangsmittel würden auch Handlungen von geringem Unrechtsgehalt erfaßt, für die die in § 423 Abs. 1 angedrohte Strafe zu hoch sei, ja bei denen unter Umständen sogar von einer kriminellen Tat überhaupt nicht gesprochen werden könne.

Eine Bestätigung der herrschenden Meinung ²⁾ enthält § 423 Abs. 1 Nr. 3, der die Befreiung nur eines Meuterers ausdrücklich für strafbar erklärt.

3. Änderungen gegenüber dem geltenden Recht

An Änderungen gegenüber dem geltenden Recht fällt auf, daß der Entwurf das Merkmal "zusammenrotten" nicht in den Tatbestand der Meuterei aufgenommen hat, sondern ein "Handeln mit vereinten Kräften" genügen läßt. Im Hinblick auf den Entwurf 1925, der in dieser Beziehung mit dem Entwurf 1962 übereinstimmt, hat FEDERER ³⁾ die Ansicht geäußert, der Abweichung komme keine sachliche Bedeutung zu. Das für die Zusammenrottung kennzeichnende Moment des räumlichen Zusammenschlusses sei auch in dem Begriff der Begehung mit vereinten Kräften enthalten; denn er erfordere schon sprachlich eine Verbindung von Einzelkräften. Diese Verbindung müsse "als äußerer Vorgang in Erscheinung treten". Als äußere Erscheinung aber setze die Vereinigung von Einzelkräften das räumliche Zusammensein der Beteiligten voraus.

FEDERERS Auffassung verdient Zustimmung. Zwar bedarf es zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Begehung mit vereinten Kräften eines körperlichen Zusammenwirkens mehrerer Beteiligten nicht. Es genügt vielmehr, daß ein einziger Meuterer Gewaltakte begeht, die vom "Gesamtwillen" der anderen Teilnehmer getragen sind. Daraus darf jedoch nicht der Schluß gezogen werden, eine räumliche Verbindung der Meuterer sei nicht erforderlich, weil aufgrund eines gemeinsamen Entschlusses auch solche Gefangene tätig werden könnten, die voneinander getrennt sind. Verlangt eine Begehung mit vereinten Kräften auch keine körperliche Kräftevereinigung, so ist hierfür doch, wie das Reichsgericht ⁴⁾ zu-

1) Begründung zu § 423 S. 609

2) Z.B. RGSt GA 39, 326; FRANK Anm. I 2 d zu § 122; WERNER LK Anm. V zu § 122

3) S. 63

4) RGSt 15, 217 (220)

treffend ausgeführt hat, Voraussetzung, daß die Meuterer "als geschlossene Einheit" auftreten. Durch den Begriff der Begehung mit vereinten Kräften soll klar gestellt werden, daß unter den Meutereitattbestand nur solche Handlungen fallen, die von den Beteiligten beabsichtigt sind und bei deren Ausführung sie deshalb den Handelnden jederzeit zu unterstützen bereit sind. Diese Möglichkeit, auf der entscheidend die Gefährlichkeit der Meuterei beruht, ist aber nur dann gegeben, wenn zwischen den Meuterern eine räumliche Verbindung besteht.

Eine Abweichung vom geltenden Recht enthält § 423 E außerdem insofern, als die Auflehnung gegen den im § 423 Abs. 1 Nr. 1 E genannten Personenkreis nur noch in der Form des tätlichen Angriffs oder der Nötigung erfolgen kann. Von der Aufnahme der Alternative des Widerstandleistens in den Tatbestand der Meuterei wurde abgesehen. Die Verfasser des Entwurfs meinten, diese Begehungsmodalität entbehren zu können, weil sich die Fälle des Widerstandes unter dem Begriff der Nötigung subsumieren ließen.¹⁾ Das trifft zwar, wie ausgeführt²⁾, nicht in vollem Umfang zu. Sachliche Konsequenzen werden mit dieser Änderung aber nicht verbunden sein, da die nicht erfaßten Fälle, Erschwerung der Vollziehung einer Anordnung, praktisch nicht vorkommen dürften.

4. Erweiterungen gegenüber dem geltenden Recht

In mancher Hinsicht ist der Grundtatbestand gegenüber dem geltenden Recht nicht unerheblich erweitert worden.

Die erste Erweiterung findet sich in § 423 Abs. 1 Nr. 1. Zu dem geschützten Personenkreis werden hier im Gegensatz zu § 122 Abs. 1 nicht nur Anstaltsbeamte und die mit der Beaufsichtigung Beauftragten, sondern auch andere Amtsträger gezählt. Der Entwurf hält die damit verbundene Ausdehnung der Strafbarkeit deshalb für erforderlich, weil hoheitliche Aufgaben in Strafanstalten bisweilen von Personen wahrgenommen würden, die weder die Eigenschaft eines Anstaltsbeamten besäßen noch mit der Beaufsichtigung der Gefangenen beauftragt seien, z.B. Haft-, Untersuchungsrichter und Ärzte, denen gegenüber aber dennoch eine Meuterei begangen werden könne.³⁾ Die beabsichtigte Beschränkung auf Personen, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse in Strafanstalten betraut sind, kommt jedoch in § 423 Abs. 1 Nr. 1 selbst nicht zum Ausdruck. Amtsträger ist nach der gesetzlichen Definition des § 10 Nr. 4 E:

1) Begründung zu § 423 E S. 609

2) Siehe oben S. 35

3) Begründung zu § 423 S. 609

"wer nach deutschem Recht

- a) Beamter, Richter, Notar oder Notarassessor ist oder
- b) ohne Beamter zu sein, dazu bestellt ist, hoheitsrechtliche Aufgaben der vollziehenden Gewalt mit Ausnahme der militärischen Hoheitsaufgaben eines Soldaten wahrzunehmen."

Wird daher der Begriff "Amtsträger" in § 423 Abs. 1 Nr. 1 E uneingeschränkt im Sinne des § 10 Nr. 4 E verstanden, so könnte eine Meuterei auch gegenüber solchen Personen begangen werden, die keine hoheitlichen Aufgaben in Strafanstalten wahrgenommen haben, wie etwa Beamte oder Richter, die sich lediglich zu einer Besichtigung in der Strafanstalt aufhalten. Eine Meuterei läge z.B. auch dann vor, wenn mehrere Diebe, die von einem Polizisten auf frischer Tat betroffen und festgenommen worden sind, gegen diesen Gewaltakte verüben. In den genannten Fällen fehlt es jedoch an der für die Gefangenenmeuterei charakteristischen Auflehnung gegen die Anstaltsgewalt. Eine sachgerechte und den Vorstellungen des Entwurfs entsprechende Lösung wird daher nur erreicht, wenn in § 423 Abs. 1 Nr. 1 E nicht jeder "Amtsträger" als taugliches Angriffsobjekt angesehen wird, sondern lediglich derjenige, der mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse in Strafanstalten betraut ist.

Eine weitere Ausdehnung der Strafbarkeit gegenüber dem geltenden Recht enthält § 423 Abs. 1 Nr. 3 E, der die Gewaltanwendung zum Zweck der Befreiung eines nicht an der Meuterei beteiligten Gefangenen unter Strafe stellt. Unter § 122 Abs. 2 läßt sich ein derartiger Fall nicht subsumieren; denn § 122 Abs. 2 setzt einen gewaltsamen Ausbruch der Meuterer voraus, erfordert also die Absicht, in der Zusammenrottung anwesenden Gefangenen zur Flucht zu verhelfen. Die Aufnahme der in § 423 Abs. 1 Nr. 3 E beschriebenen Begehungsmodalität in den Meutereitatsbestand begegnet jedoch keinen Bedenken, § 423 E dient der Aufrechterhaltung der Anstaltsordnung. Da aber die Gefährdung der Anstaltsordnung entscheidend auf der mit vereinten Kräften verübten Gewaltanwendung beruht, bleibt für die Beeinträchtigung des Schutzobjektes ohne Bedeutung, weseen Befreiung das gewaltsame Vorgehen der Gefangenen bezweckt.

Die bedeutsamste Erweiterung gegenüber § 122 stellt § 423 Abs. 2 dar. Mit dieser Vorschrift hat der Entwurf eine völlig neue Erscheinungsform der Meuterei geschaffen. ¹⁾ In der Begründung des Entwurfs ²⁾ wird § 423 Abs. 2 E mit der Überlegung gerechtfertigt, eine derartige Regelung sei erforderlich, weil die Be-

1) Eine vergleichbare Regelung findet sich bereits im Entwurf 1927 in § 154 Abs. 2.

2) S. 610

stimmungen über die Sachbeschädigung keinen hinreichenden Schutz gegen Ausbreitungen von Gefangenen gegen Sachen boten. Außerdem würden die Sachbeschädigungsdelikte dem spezifischen Unrechtsgehalt der in § 423 Abs. 2 E beschriebenen Tat nicht gerecht. In der Strafrechtskommission ist § 423 Abs. 2 E zum Teil auf lebhaften Widerspruch gestoßen. DÜNNEBIER ¹⁾ wandte ein, daß die Vorschriften über die Sachbeschädigung und disziplinäre Maßnahmen ohne weiteres ausreichen, um die aus Widersätzlichkeit begangene Zerstörung oder Beschädigung von Sachen genügend zu ahnden. Auch erscheine die vorgesehene Strafdrohung von Gefängnis bis zu 5 Jahren zu hoch. VOLL ²⁾ hält § 423 Abs. 2 E für entbehrlich, weil § 423 Abs. 1 und 2 E vielfach zusammenträfen; denn die Handlungen des § 423 Abs. 2 E stellten in der Regel nur Vorstufen zu denen des § 423 Abs. 1 E dar. Für eine Streichung des § 423 Abs. 2 E sprachen sich außerdem, allerdings ohne Begründung, KOFFKA ³⁾, NEUMAYER ⁴⁾ und WILKERLING ⁵⁾ aus.

Die Bedenken gegen die Schaffung des § 423 Abs. 2 sind nicht begründet. Diese Vorschrift bestraft nicht jede, sondern nur die aus Widersätzlichkeit begangene Sachbeschädigung, erfaßt also lediglich Taten, die einer auflehrenden Einstellung gegenüber der Anstaltsgewalt entspringen. Den Unrechtsgehalt des Delikts macht nicht der eingetretene Erfolg, die Beeinträchtigung von Sachgütern aus, sondern die in der Zerstörung von Sachwerten zum Ausdruck kommende Gefährdung der Anstaltsordnung. Die Sachlage ist damit ähnlich der des gewaltsamen Ausbruchs.

Eine Erweiterung gegenüber dem geltenden Recht sieht schließlich § 423 Abs. 3 E vor. Zunächst werden hier im Gegensatz zu § 122 a die Sicherungsverwahrten und die Arbeitshäusler den Gefangenen nicht gleichgestellt, sondern als Gefangene betrachtet. Daneben kommt nach § 423 Abs. 3 E auch den in vorbeugender Verwahrung, § 86 E, und den in einer Bewahrungsanstalt, § 82, untergebrachten Personen die Eigenschaft eines Gefangenen zu. Demnach ist das für den Gefangenenbegriff der §§ 120 ff. herausgearbeitete Kriterium der Strafverbüßung für den Entwurf zu eng, denn der Entwurf sieht als Gefangene auch Personen an, bei denen die Freiheitsentziehung keine Strafe darstellt, sondern die Entziehung der Freiheit in ihrer Wirkung einer Freiheitsstrafe lediglich ähnlich ist.

1) Niederschriften Bd. III S. 623

2) Niederschriften Bd. III S. 623

3) Niederschriften Bd. III S. 623

4) Niederschriften Bd. III S. 623

5) Niederschriften Bd. III S. 623

II. DIE SCHWERE MEUTEREI

Ebenso wie § 423 E droht auch § 424 E lediglich Gefängnisstrafe an; denn die Verfasser des Entwurfs ¹⁾ waren zu Recht der Meinung, auch die schwereren Erscheinungsformen der Meuterei könnten nicht generell der Hochkriminalität zugerechnet werden. Die Höchststrafandrohung des § 424 E von 10 Jahren Gefängnis ermögliche durchaus auch für die Meutereien, die für das Anstaltspersonal und die Allgemeinheit außerordentlich gefährlich seien, eine ausreichende Bestrafung.

Der Entwurf sieht weiter im Gegensatz zum geltenden Recht davon ab, die Voraussetzungen der schweren Meuterei abschließend zu regeln. Er verwendet vielmehr das im Entwurf zu großer Bedeutung gelangte Institut der "besonders schweren Fälle". ²⁾ § 424 E bestimmt nur, wann "in der Regel" eine schwere Meuterei anzunehmen ist. Der Richter wird nicht daran gehindert, den Strafraumen dieser Vorschrift auch dann anzuwenden, wenn einer der in § 424 E genannten Fälle nicht vorliegt, sofern "Umstände, die zur Tat gehören oder ihr vorausgehen, oder das Verhalten des Täters nach der Tat das Unrecht und die Schuld wesentlich erhöhen", § 62 E. Die Aufzählung der Regelbeispiele soll dem Richter lediglich einen Bewertungsmaßstab an die Hand geben, unter welchen Voraussetzungen grundsätzlich eine schwere Meuterei zu bejahen ist. ³⁾ Sie dient als Richtlinie, wann der Entwurf Unrecht und Schuld gegenüber dem Grundtatbestand als wesentlich erhöht ansieht. Das darf jedoch nicht so verstanden werden, daß eine Tat, die die Merkmale der aufgeführten Regelbeispiele nicht erfüllt, in ihrer äußeren Erscheinung einem der Regelbeispiele ähnlich sein muß, um einen Fall schwerer Meuterei darzustellen. Es genügt vielmehr, wenn sie ihrer Schwere nach einem Regelbeispiel entspricht und auch sonst die Erfordernisse des § 62 E gegeben sind. ⁴⁾

Andererseits ist der Richter nicht gezwungen, bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Regelbeispiels stets einen "besonders schweren Fall" der Meuterei anzunehmen. Er muß zwar von der Wertung des Entwurfs ausgehen, nach der im allgemeinen bei einer derartigen Sachlage Unrecht und Schuld wesentlich erhöht sind. Es ist nicht seine Aufgabe, hier im einzelnen zu prüfen und zu begründen, ob und inwiefern die Merkmale des § 62 E erfüllt sind. Er hat nur zu klären, ob

1) Begründung zu § 424 S. 610

2) Vergl. dazu ausführlich MILLETAT, Die "besonders schweren Fälle" im Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962

3) Vergl. die Begründung zu § 62 S. 185

4) Vergl. die Begründung zu § 62 S. 185

Umstände gegeben sind, die den Einzelfall nach Unrecht oder Schuld milder erscheinen lassen als den Durchschnittsfall des Regelbeispiels. Denn trifft dies zu, so darf der Richter § 424 E nicht anwenden und muß auf § 423 E zurückgreifen. ¹⁾

Dogmatisch gehört das Institut der "besonders schweren Fälle" in die Kategorie der Strafzumessungsregeln. ²⁾

Die Ansicht, es handle sich um Tatbestandsmerkmale ³⁾, läßt sich mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht vereinbaren. Der Gesetzgeber ist durch Art. 103 Abs. 2 gehalten, die Tatbestände so klar und deutlich zu formulieren, daß sie eine eindeutige Grundlage für die Rechtsprechung bilden können. ⁴⁾ Dieser Anforderung genügt die Verwendung eines Tatbestandsmerkmals nicht, "das sich nur dadurch von dem berühmten Schurkenparagraphen abhebt, daß das Verhalten des Täters als besonders schwer gekennzeichnet ist." ⁵⁾ Außerdem spricht, worauf MILLETAT ⁶⁾ zu Recht hinweist, die Fassung der "besonders schweren Fälle" gegen die Annahme von Tatbestandsmerkmalen. Ein Tatbestandsmerkmal kann nicht "in die Regel" vorliegen, wie es bei den "besonders schweren Fällen" heißt.

Auch die Ansicht LANGES ⁷⁾, die "besonders schweren Fälle" stellten eine Zwischenstufe zwischen Tatbestandsmerkmal und Strafzumessungsgründen dar, ist, wie MILLETAT ⁸⁾ dargelegt hat, nicht zutreffend. Es besteht für eine neue Kategorie im bisher zweigliedrigen System von Tatbestand und Rechtsfolge einmal kein praktisches Bedürfnis, zum anderen gerät eine derartige Betrachtungsweise in Widerspruch zu den "minder schweren Fällen". Im Gegensatz zu den "besonders schweren Fällen" werden die "minder schweren Fälle" im Besonderen Teil des Entwurfs nicht durch Beispiele erläutert; sie gehören daher zwangsläufig in den Bereich der Strafzumessung. Die "besonders schweren Fälle" dogmatisch in eine andere Kategorie einzuordnen erscheint nicht gerechtfertigt, weil beide Fälle

1) Vergl. die Begründung zu § 62 S. 185

2) MILLETAT S. 45; ebenso die überwiegende Auffassung für die "besonders schweren Fälle" des geltenden Rechts, z.B. RGSt 59, 217; 72, 207; BGHSt 2, 183; 5, 211; 11, 241; Sauer Lb. S. 267

3) KOFFKA, Niederschriften Bd. VI S. 23; PETERS, Gutachten S. 16

4) SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 46 zu § 2; BAUMANN AT S. 92

5) MILLETAT S. 40

6) S. 40

7) Materialien Bd. I S. 83; ders. Niederschriften Bd. I S. 121; KOHLRAUSCH-LANGE § 263 Anm. X. Der Ansicht Langes folgt die Begründung des Entwurfs S. 180.

8) S. 43 ff.; gegen die Auffassung Langes auch SCHRÖDER, Gutachten S. 90 f.

in ihrer Grundkonzeption, §§ 62 und 63 E, fast wörtlich übereinstimmen.

Wird man trotz gewiß bestehender Bedenken der überaus häufigen Verwendung des Instituts der "besonders schweren Fälle" grundsätzlich zustimmen können, so ist die Ausgestaltung im einzelnen nicht immer geglückt. ¹⁾ Zu den Vorschriften, die Anlaß zur Kritik bieten, gehört auch die schwere Meuterei. Ein Regelbeispiel des § 424 E ist zur Kennzeichnung eines "besonders schweren Falles" nicht geeignet; daneben enthält § 424 E Ungenauigkeiten in der Formulierung.

Zur letztgenannten Fehlergruppe gehören die Worte am Anfang des § 424, "die Meuterei" werde mit Gefängnis nicht unter einem Jahr bestraft. Nach der Fassung des § 424 E müßten bei Vorliegen der Voraussetzungen eines "besonders schweren Falles" alle Beteiligten von der Strafschärfung erfaßt werden; denn "die Meuterei" umfaßt Täter und Teilnehmer in ihrer Gesamtheit. Daß ein solches Ergebnis unsinnig und von den Verfassern des Entwurfs nicht beabsichtigt ist, beweist eindeutig § 424 E selbst. § 424 Nr. 3 E sieht es als einen besonders schweren Fall an, wenn der Täter in eigener Person gegen einen anderen Gewalt anwendet oder ihn tätlich angreift. Unterwirft man bei Verwirklichung dieses Regelbeispiels alle an der Meuterei Beteiligten dem Strafrahmen des § 424 E, so wird § 423 Abs. 1 Nr. 1 E weitgehend zur Bedeutungslosigkeit degradiert. ²⁾ Die Erschwerungsform stellte nicht die Ausnahme, sondern die Regel dar. Denn der Grundtatbestand nennt außer der Nötigung mittels einer gefährlichen Drohung auch den tätlichen Angriff und die Nötigung mit Gewalt gegenüber den Anstaltsbeamten als Begehungsmodalität der einfachen Meuterei.

Um der Genauigkeit willen und um Mißverständnisse von vornherein auszuschließen, erscheint es ratsam, die Worte "die Meuterei" aus dem Tatbestand des § 424 E herauszunehmen und den Anfang dieser Vorschrift folgendermaßen zu fassen: In besonders schweren Fällen des § 423 Abs. 1 tritt Gefängnisstrafe nicht unter einem Jahr ein

1. § 424 Nr. 1

Die Verwendung des Merkmals "Rädelsführer" zur Kennzeichnung eines "besonders schweren Falles" begegnet keinen Bedenken. Auch herrscht über die Auslegung dieses Begriffs de lege lata Übereinstimmung, so daß Schwierigkeiten rechtlicher Art bei der Feststellung der Rädelsföhreigenschaft nicht auftreten werden.

1) Dazu ausführlich MILLETAT S. 63 ff.

2) Es gilt hier das gleiche wie im Verhältnis zwischen § 122 Abs. 1 und 3. Siehe S. 80

§ 424 Nr. 1 E erfaßt nach der allgemein anerkannten Charakterisierung der Rädelsführer-Eigenschaft diejenigen Gefangenen, die unter den Meuterern geistig oder physisch eine führende Rolle spielen.¹⁾ Eine Mitwirkung an den einzelnen Meutereihandlungen ist nicht erforderlich. Es genügt aber nicht, daß ein Gefangener lediglich den Entschluß, Gewaltakte zu verüben, bei anderen hervorruft und ihnen dann die Ausführung dieses Entschlusses selbständig überläßt. Der Rädelsführer muß vielmehr das gemeinsame Unternehmen leiten, z.B. dadurch, daß er den übrigen Beteiligten ihre Tätigkeit zuweist oder die Art und Weise des Vorgehens bestimmt.

2. § 424 Nr. 2

Nicht unbedenklich erscheint das Regelbeispiel des § 424 Nr. 2. Der Entwurf verwendet das Beisichführen einer Schußwaffe zur Kennzeichnung eines "besonders schweren Falles" außer bei der Meuterei in §§ 296 Nr. 3 und 422 Nr. 1 E. Bei § 237 Nr. 1 dient es dagegen zur Beschreibung eines Qualifikationstatbestandes. Durch die genannten Vorschriften soll das Tragen einer Schußwaffe auch dann erfaßt werden, wenn der Besitzer nicht die Absicht hat, von der Waffe Gebrauch zu machen.²⁾ Der Entwurf hält die Anwendung eines strengeren Strafrahmens selbst hier für erforderlich, weil das Bewußtsein des Besitzes einer Schußwaffe leicht dazu verleitet, sie notfalls zu benutzen.³⁾ Dieser Gedanke mag die Schaffung einer Qualifizierung rechtfertigen, mit der Definition der "besonders schweren Fälle" läßt er sich nicht vereinbaren. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Schuld der Beteiligten wesentlich erhöht sein soll, wenn einer von ihnen eine Schußwaffe bei sich führt, ohne die Absicht zu haben, sie zu verwenden.

Soll deshalb § 424 Nr. 2 E die in § 62 E aufgestellten Voraussetzungen erfüllen, so muß § 424 Nr. 2 E dahingehend eingeschränkt werden, daß er nur dann eingreift, wenn ein Beteiligter die von ihm mitgeführte Schußwaffe notfalls gebrauchen will.

1) Vergl. BGHSt 6, 129; 7, 279; 19, 109; OGHSt 1, 289; FRANK Anm. III 1 zu § 115; SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdnr. 10 zu § 115; SCHWARZ-DREHER Anm. 5 zu § 115; MEZGER-BLEI BT S. 270

2) Begründung zu § 237 S. 406.

3) Der Entwurf führt damit die Rechtsprechung zu §§ 243 Abs. 1 Nr. 5 und 250 Abs. 1 Nr. 1 fort, die bei Waffen im technischen Sinn das Beisichführen ohne Gebrauchsabsicht für ausreichend hält, RGSt 66, 119; BGHSt LM Nr. 2 zu § 250; OLG Kiel SchlHA 1948, 191; anders bei Waffen im untechnischen Sinn, RGSt 68, 239; BGHSt 3, 230; 13, 260.

3. § 424 Nr. 3

Erhebliche Bedenken bestehen gegen das Regelbeispiel des § 424 Nr. 3 E. Die Voraussetzungen des § 424 Nr. 3 E entsprechen weitgehend denen des § 122 Abs. 3 StGB. Die in § 122 Abs. 3 StGB vorgesehene Strafschärfung erklärt sich aus dem Wesen der Zusammenrottung. Da aber nach der Regelung des Entwurfs der Tatbestand der Gefangenenmeuterei eine Zusammenrottung nicht mehr erfordert, hätte es nahegelegen, eine dem § 122 Abs. 3 StGB vergleichbare Regelung nicht in den Entwurf aufzunehmen.

Hinzu kommt, daß im Entwurf beim Landfriedensbruch, § 296 E, im Unterschied zu § 125 Abs. 2 eine gegenüber dem Grundtatbestand erhöhte Strafe nicht schon dann vorgesehen ist, wenn der Täter Gewalttätigkeiten gegen Personen verübt oder Sachen vernichtet, zerstört oder plündert. Ein "besonders schwerer Fall" des Landfriedensbruchs liegt vielmehr nur vor, "wenn der Täter durch eine Gewalttätigkeit einen anderen in die Gefahr des Todes oder einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit (§ 147 Abs. 2) bringt oder an fremden Sachen bedeutenden Schaden anrichtet", § 296 Nr. 3 E. Der Täter muß also über den Grundtatbestand des § 295 E hinausgehende Handlungen vornehmen. Bei § 424 Nr. 3 fehlt eine derartige Einschränkung. Weshalb der Entwurf davon abgesehen hat, bleibt unverständlich. Die Folge der unterlassenen Angleichung an § 296 Nr. 3 E ist, daß der Entwurf ein Regelbeispiel geschaffen hat, das zur Kennzeichnung eines "besonders schweren Falles" nicht geeignet ist.

Zu den Begehungsformen der einfachen Meuterei gehören neben der Nötigung mittels einer Drohung der tätliche Angriff oder die Nötigung mit Gewalt gegenüber den Anstaltsbeamten, anderen Amtsträgern oder den mit der Beaufsichtigung beauftragten Personen. § 424 Nr. 3 E bestraft verschärft den Gefangenen, der selbst Gewalt gegen einen anderen anwendet oder ihn tätlich angreift. Der Entwurf sieht also einen "besonders schweren Fall" darin, daß ein Gefangener eigenhändig die zur Verwirklichung des Regelfalles erforderlichen Voraussetzungen erfüllt. Das entspricht jedoch nicht den Anforderungen, die nach der Definition des § 62 E an ein Regelbeispiel zu stellen sind. Der "besonders schwere Fall" soll gegenüber dem Regelfall einen herausgehobenen Typus bilden und einer höheren Wertgruppe angehören, die sich vom Durchschnittsfall deutlich abhebt.¹⁾ Ein besonders schwerer Schuldvorwurf reicht dafür allein nicht aus, sondern die Tat muß stets auch objektiv gegenüber den durchschnittlich vorkommenden Fällen ein erhöhtes Unrecht verkörpern. Diese Voraussetzung ist dann nicht erfüllt, wenn der Täter nicht mehr tut, als daß er die zum Regelfall gehörenden Tatbestandsmerk-

1) Begründung zu § 62 S. 185

male in eigener Person verwirklicht.

Darüber hinaus enthält § 424 Nr. 3 E eine Ungenauigkeit insofern, als von einer Gewaltanwendung oder einem tätlichen Angriff gegen "einen anderen" die Rede ist. Da durch das Wort "andere" keine Beschränkung auf einen bestimmten Personenkreis zum Ausdruck gebracht wird, müßte sich § 424 Nr. 3 E dem Wortlaut zufolge auf alle außenstehende Dritte, z.B. Besucher der Anstalt, mit Ausbesserungsarbeiten beschäftigte Handwerker, beziehen.

Ein derartiges Ergebnis steht mit dem Verhältnis von Regelfall und "besonders schwerem Fall" in Widerspruch. Der "besonders schwere Fall" baut auf dem Regelfall auf und fügt ihm lediglich Merkmale hinzu, die Unrecht und Schuld gegenüber dem Regelfall als wesentlich erhöht erscheinen lassen. Für die Annahme eines "besonders schweren Falles" bedarf es demnach der Erfüllung der zum Regelfall erforderlichen Voraussetzungen. Daran fehlt es jedoch bei § 424 Nr. 3 E, wenn es dort für genügend angesehen wird, daß gegen andere als die in § 423 Abs. 1 Nr. 1 E genannten Personen Gewalt angewandt wird. Statt der Worte "gegen einen anderen" muß es daher in § 424 Nr. 3 E heißen "gegen Anstaltsbeamte, andere Amtsträger, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse in Strafanstalten betraut sind, oder die mit der Beaufsichtigung der Gefangenen beauftragten Personen."

4. § 424 Nr. 4

Ein geeignetes Regelbeispiel stellt § 424 Nr. 4 E dar. Die Erhöhung des Unrechts bei Verursachung der in § 424 Nr. 4 E genannten schweren Folgen ist offensichtlich. Wegen der Steigerung der Schuld könnte man Bedenken nur insofern haben, als die nach § 22 E ausreichende leicht fahrlässige Herbeiführung der schweren Folge eine wesentliche Erhöhung der Schuld darstellen soll, obwohl leichte Fahrlässigkeit die unterste Stufe vorwerfbareren Handelns bildet.

Dieses Bedenken wäre durchschlagend, wenn die Merkmale der Erschwerungsform allein auf ihre Tauglichkeit untersucht werden müßten, einen den Anforderungen des § 62 E entsprechenden herausgehobenen Typus darzustellen. Zu einer solchen Einschränkung zwingt jedoch § 62 E nicht. Es kann, worauf MILLETAT¹⁾ zu Recht hinweist, berücksichtigt werden, daß die fahrlässige Verursachung der schweren Folge auf einem vorsätzlich begangenen Grunddelikt aufbaut. Die eigentliche Tatschuld liegt in dem vorsätzlich begangenen Grunddelikt; kommt zusätzlich Schuld in Form fahrlässigen Handelns hinzu, so ist die Schuld

1) S. 104

im Sinne des § 62 wesentlich erhöht. Vorsatz und Fahrlässigkeit zusammen werden zu gesteigerter Schuld.

LEBENS LAUF

Am 5. September 1940 wurde ich, Jens Ernst Franz Schomaker, als Sohn des Oberregierungsrates Dr. Hans Schomaker und seiner Ehefrau Alice geb. Treff in Berlin-Schmargendorf geboren.

Nach einem sechsjährigem Besuch der Grundschule kam ich Ostern 1952 auf die Rheingau-Schule in Berlin-Friedenau. Dort legte ich am 2. März 1959 die Reifeprüfung ab.

Das Studium der Rechtswissenschaft begann ich im Sommer-Semester 1959 an der Freien Universität Berlin. Am 16. April 1964 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt Berlin.

Am 3. Mai 1965 wurde ich als Referendar im Bezirk des Kammergerichts eingestellt. Für das Wintersemester 1964/65 war ich als wissenschaftlicher Hilfsassistent an der Freien Universität Berlin am Lehrstuhl für Handelsrecht bei Herrn Prof. Dr. Ernst E. Hirsch und seit dem Sommersemester 1965 als wissenschaftlicher Hilfsassistent am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Arbeitsrecht bei Herrn Prof. Dr. Herbert Wiedemann tätig.

